System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Joseph Unger,

o. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Zweiter Band.

Dritte unveränderte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1868.

Inhalt.

Fünfte Abtheilung*. Von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse.

* Diese Abtheilung erschien 1857.

Sechste Abtheilung. Der Schutz der Rechtsverhältnisse.

Fünfte Abtheilung.

Von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse.

Fünfzehntes Capitel.

Von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse im Allgemeinen.

I. Einleitung.

§. 71. Wie die Naturwelt aus einer Fülle realer Existenzen besteht, so wird die Rechtswelt durch eine Masse concreter Rechtsverhältnisse gebildet: hier wie dort ist die Frage, wie diese Existenzen und Verhältnisse sich bilden, wie sie entstehen und untergehen, von der größten Bedeutung [1]. Da jedes Rechtsverhältniß in der Beziehung von Personen zu einander besteht (Bd I Einleit. I Note 4), so geht die Frage nach der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse dahin, wie ein Rechtsverhältniß in Beziehung auf bestimmte Personen entstehe und wieder aufhöre; und da den Inhalt einer überwiegenden Anzahl von Rechtsverhältnissen die Rechte im subjectiven Sinne bilden (Bd I §. 24), so ist in der Lehre von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse zugleich die Lehre von der Entstehung der Rechte (Rechtserwerb) und dem Untergang derselben (Rechtsverlust) enthalten [2].

---

1) l. 41 D. de leg. (1, 3) Totum autem jus consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat. Über diese Stelle vgl. Savigny III §. 104 Note b.

2) Gerade umgekehrt ist die Darstellung Wächter's §. 77 Note *; vgl.

Die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse wird im Allgemeinen durch das Eintreten von Umständen bewirkt, an welche das positive Recht die fragliche Wirkung knüpft. Umstände, welche juristische Wirkungen hervorbringen und daher auf dem Rechtsgebiete von Bedeutung sind, heißen juristische Thatsachen (facta)[3]. Alle juristischen Thatsachen stimmen darin überein, daß sie in der Rechtssphäre bestimmter Personen eine Veränderung bewirken. Diese Veränderung kann darin bestehen, daß objectiv ein neues Rechtsverhältniß entsteht, oder daß ein bestehendes Rechtsverhältniß aufhört, oder in Beziehung auf seinen Inhalt (objectiv) modificirt wird[4]; sie kann aber auch darin bestehen, daß das Rechtsverhältniß selbst fortbestehen bleibt, und nur die Personen wechseln, welche in diesem Rechtsverhältnisse stehen (subjective Modificirung der Rechtsverhältnisse)[5].

Die mannigfaltigen Thatsachen, durch welche Rechtsverhältnisse entstehen und untergehen, bestimmen sich durch die besondere Natur des betreffenden Verhältnisses: die einzelnen Rechte werden durch verschiedene Thatsachen erworben und wieder verloren.

Diese mannigfaltigen Thatsachen, welche im Eintreten oder Ausbleiben eines Umstandes bestehen können (positive, negative Thatsachen), lassen sich auf zwei Hauptkategorien zurückführen. Theils bestehen sie in freien Handlungen der betheiligten Personen, theils in anderen Thatsachen, welche in diesem Gegensatze zufällige Ereignisse heißen.

II. Entstehung der Rechtsverhältnisse und Rechte im Allgemeinen (Rechtserwerb).

§. 72. Ein Rechtsverhältniß entsteht, respective ein Recht wird erworben, wenn in Beziehung auf bestimmte Personen jene Umstände

---

übrigens auch Sintenis in der Gieß. Zeitschr. Bd XIX S. 57 fg. u. Civilr. I §. 16 Note 1.

3) Savigny III §. 104; vgl. Bd I S. 117. 118. — Über die Bedeutung des Gegensatzes von factum und jus vgl. Schilling II §. 68 Zusatz.

4) Die Modification eines bestehenden Rechtsverhältnisses in Ansehung seines Inhalts hat ihren eigentlichen Sitz im Obligationenrecht, in der Lehre von Dolus, Culpa, Casus und Interesse; vgl. Savigny III S. 4. 5.

5) Savigny III S. 4.

sich verwirklicht haben, an welche das positive Recht diese Wirkung knüpft (Entstehungs-Erwerbsgründe der Rechte). Diese Umstände bestehen[1]: 1) in einer freien Handlung der erwerbenden Person (z. B. Erwerbung einer herrenlosen Sache durch Besitzergreifung, Eigenthumserwerb durch Specification); 2) in einer von der erwerbenden Person unabhängigen Thatsache und zwar entweder in einem natürlichen Ereigniß (z. B. Erwerbung von Rechten durch die Geburt[2], Eigenthumserwerb durch Anspülung, Erwerb eines Legates durch den Tod des Erblassers) oder in der freien Handlung einer andern Person[3] (z. B. Eigenthumserwerb durch die von einem Andern vorgenommene Bebauung unseres Bodens, Erwerb einer Forderung gegen den Delinquenten); 3) in beiden Thatsachen zugleich, indem sich die Erwerbshandlung der erwerbenden Person auf ein natürliches Ereigniß gründet (z. B. Erwerbung einer Erbschaft durch Antritt derselben), oder zur freien Handlung einer andern Person hinzutritt (z. B. Begründung einer Forderung durch Vertrag, Eigenthumserwerb durch Tradition)[4].

Die Thatsachen, durch deren Verwirklichung ein Recht erworben wird, heißen rechtserzeugende Thatsachen. In den Fällen wo ein Recht durch eine von der betreffenden Person unabhängige Thatsache entsteht, wird das Recht mit dem Eintritt dieser Thatsache

---

1) Eine Übersicht der verschiedenen Entstehungsgründe s. bei Böcking I §. 100.

2) Durch die Geburt tritt der Mensch regelmäßig sofort in ein Familienverhältniß und erwirbt die durch die Verwandtschaft begründeten Rechte, ingleichen die dem Unmündigen zustehenden Vorrechte; diese Rechtsverhältnisse und Rechte nehmen also unmittelbar mit der Geburt ihren Anfang, indem sie durch dieselbe begründet werden. Diese Rechte kann man insofern auch angeborene nennen; aber man darf nicht außer Acht lassen, daß auch diese angeborenen Rechte (durch die Thatsache der Geburt) erworbene sind (Savigny III S. 2), und muß sie von den angeborenen Rechten im Sinn des Naturrechts (den s. g. Urrechten), wovon §. 16 a. b. G. B. handelt (vgl. Bd I §. 60 Note 7. 8.) wohl unterscheiden; vgl. Sintenis I §. 16 Note 3.

3) Auch diese Handlung stellt sich in Beziehung auf den Berechtigten als ein zufälliges d. h. als ein von seinem Willen unabhängiges Ereigniß dar.

4) Wächter §. 77 unterscheidet die Erwerbungsgründe in einfache und solche, die aus verschiedenen Thatsachen zusammengesetzt sind, und rechnet zu den letzteren den Eigenthumserwerb durch Kauf oder Schenkung, indem dazu Abschließung des Vertrags und Übergabe der Sache erforderlich sei; allein mit Unrecht, denn erworben wird das Eigenthum in diesem Fall doch nur durch die Tradition (vgl. Note 30), so daß also auch hier der Erwerbungsgrund ein einfacher ist.

erworben, ohne daß es auf eine Erklärung oder auch nur eine Bekanntschaft der erwerbenden Person mit dieser Thatsache ankommt[5]. In diesen Fällen wird das Recht unmittelbar, ohne weiteren, von selbst (ipso jure[6], lege, tacite, tacito jure) erworben. Man hat dieß früher[7], häufig dahin ausgedrückt, daß hier ein Recht „unmittelbar aus dem Gesetz" entspringe, und diese Ausdrucksweise ist auch in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangen (vgl. z. B. §. 859 §. 860). Allein mit Unrecht; denn unmittelbar aus dem Gesetz entspringt ein Recht nur im Falle eines Privilegiums im engern Sinn, da hier objectives und subjectives Recht gleichzeitig in die Existenz treten (Bd I §. 65 B.); alle übrigen Rechte entspringen aus dem Gesetz nur mittelbar, d. h. aus Thatsachen, welchen das positive Recht die Kraft der Rechtserzeugung beilegt, nur daß manche dieser Thatsachen die Rechtsentstehung (sowie andere den Rechtsverlust, vgl. den folg. §) ohne Intervention der berechtigten Person, also insofern unmittelbar und von selbst, bewirken[8].

Der Rechtserwerb ist ein ursprünglicher, originärer (s. g. acquisitio originaria) oder abgeleiteter, derivativer (s. g.

---

5) So z. B. erwirbt der Legatar das angefallene Legat auch ohne sein Wissen (nur nicht gegen seinen Willen, daher er es ausschlagen kann §. 689 a. b. G. B.) — ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur l. 77 §. 3 D. de leg. II.

6) Ipso jure bedeutet überhaupt das Eintreten einer rechtlichen Wirkung in Folge eines bestimmten Umstandes, ohne daß es dazu noch einer vermittelnden Thätigkeit der Parteien bedarf; so z. B. Erwerb eines dinglichen Rechts ohne weitere Erwerbshandlung (Pauli R. S. VI 17 cf. §. 2 I. de leg. 2, 20 l. 80 D. de leg. I). Accresciren der freigewordenen Portion des wegfallenden Miterben ipso jure, d. h. ohne (ja selbst gegen) den Willen des Miterben (§. 560 a. b. G. B. l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6, 51 l. 53 §. 1 D. de acq. vel. omitt. hered. 29, 2); Erwerb der Freiheit ipso jure, d. h. ohne Manumissien (l. 10 D. de serv. export. 18, 7); Erwerb eines Legats ipso jure, d. h. ohne daß es einer Erklärung es annehmen zu wollen bedarf (§. 684 a. b. G. B. l. 77 §. 3 cit. cf. l. 69 D. de condit. 35, 1 l. 65 §. 1 D. de leg. I). Über die verschiedenen Bedeutungen, in welchen der Ausdruck ipso jure in den Quellen vorkommt, vgl. Krug Die Lehre von der Compensation (1833) S. 27 fg. Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 3 fg. Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast (1852) §. 5—7.

7) Diese Ausdrucksweise findet sich z. B. noch bei Schilling II §. 93.

8) Der Irrthum liegt somit darin, daß man den an sich richtigen negativen Satz (es entsteht ein Recht, ohne daß es dazu einer vermittelnden Thätigkeit der Parteien bedarf) positiv ausdrückt (es entspringt ein Recht unmittelbar aus dem Gesetz); vgl. Seuffert Pandekt. I §. 14 Note 2.

acquisitio derivativa), je nachdem das Recht selbstständig und unabhängig von dem Recht eines Andern in der Person des Erwerbers entsteht, oder vom bisherigen Berechtigten auf den Erwerber in Folge eines zwischen ihnen bestehenden juristischen Verhältnisses dergestalt übertragen wird, daß der Erwerber sein Recht von jenem ableitet[9]. Der Rechtserwerb ist ein constitutiver oder ein translativer, je nachdem ein Recht erworben wird, welches bisher noch gar nicht, oder doch nicht als ein besonderes Recht existirte, oder das erworbene Recht schon vorher als ein besonderes Recht in der Person eines Dritten bestand. Sowohl der originäre als der derivative Erwerb können constitutiv oder translativ sein[10]. Der derivative translative Erwerb ist die Rechtsnachfolge (Succession), der

---

9) In einer eigenthümlichen (von unseren Schriftstellern ohne weitere Bemerkung hingenommenen) Weise faßt das bürgerl. Gesetzb. den Begriff der unmittelbaren und mittelbaren Erwerbung in den §§. 314. 315 auf. Es versteht nemlich unter der unmittelbaren Erwerbung des Sach- und Rechtsbesitzes die Erwerbung des Besitzes „freistehender Rechte und Sachen," unter mittelbarer Erwerbung „die Habhaftwerdung eines Rechtes oder einer Sache die einem Andern gehört" (§. 314), und unterscheidet die mittelbare Erwerbung wieder in eine „eigenmächtige" und in eine unter Mitwirkung des bisherigen Inhabers stattfindende (§. 315). Diese Auffassung erklärt sich aus der Unterscheidung der Erwerbungsarten des Eigenthums in ursprüngliche und abgeleitete, welche die ältere Schule (vgl. Hugo Naturrecht §. 231 und Zeiller Natürl. Privatr. §. 57) und ihr folgend das österr. Gesetzb. (vgl. §. 423 fg. und Marginalrubrik zu §. 381) dahin gemacht hat, daß die Erwerbsart des Eigenthums eine ursprüngliche sei, wenn man eine Sache zunächst und unmittelbar aus der Hand der Natur empfange (Occupation), während eine mittelbare Erwerbungsart immer dann vorhanden sei, wenn eine Sache erworben werde, die schon einen Eigenthümer hatte (also auch im Fall der Ersitzung, der Specification u. s. f.); vgl. Zeiller II S. 158. 205 Note *. Allein ganz abgesehen von der Sonderbarkeit, welche in der Annahme „freistehender Rechte" liegt (gleich als wäre die Rechtswelt mit juristischen Körpern angefüllt, welche man nur zu occupiren brauchte), läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn man die Begriffe der Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der Erwerbungsart darauf zurückführen will, ob eine Sache schon in jemandes Eigenthum steht oder nicht, da von einer Vermittlung bei der Erwerbung doch nur dort die Rede sein kann, wo mittelst des bisherigen Berechtigten, durch seine Mitwirkung, das fragliche Recht erworben wird, und eine Erwerbsart nicht eine „ableitende" genannt werden kann, wobei man sein Recht eben nicht vom bisher Berechtigten ableitet, sondern dasselbe vielmehr unabhängig davon erwirbt.

10) Der originäre Erwerb ist ein constitutiver, wenn das Recht nun erst zur Existenz kommt (z. B. Eigenthumserwerb durch Occupation, Ersitzung einer Servitut, Constituirung eines bisher noch nicht bestandenen Nomen), ein translativer, wenn das Recht zwar schon bestand, aber objectiv untergeht und in der Person des Erwerbers von neuem entsteht (z. B. Eigenthumserwerb durch Er-

Eintritt in das Recht eines Dritten [11]; von diesem Verhältniß wird später (§. 74) ausführlich gehandelt werden.

Der Rechtserwerb ist ein entgeltlicher (lästiger, oneroser), wenn und insoweit für den Erwerb des Rechts eine Leistung zu machen ist; geschieht der Erwerb eines Rechts ohne eigene Aufopferung, so ist er ein unentgeltlicher (lucrativer). Das entgeltlich Erworbene hat man aus einem entgeltlichen (lästigen, beschwerenden) Titel (s. g. causa onerosa) [12], das unentgeltlich Erworbene [13] aus einem unentgeltlichen Titel (s. g. causa lucrativa) [14]. Zur lucrativa causa gehört insbesondere [15] der Erwerb durch Erbschaft, Vermächtniß [16] und Schenkung.

---

sitzung, durch Zuwachs; Novation einer Forderung mit Personenwechsel). In diesem letzteren Fall ist der Ausdruck translativer Erwerb freilich sehr unpassend, da originär und translativ widersprechende Begriffe sind; allein der herrschende Sprachgebrauch ist nun einmal so (vgl. Wächter §. 78 Note 4) und unterscheidet z. B. die Ersitzung in eine translative und constitutive (vgl. z. B. Ellinger ad §. 1452). Der derivative Erwerb ist ein constitutiver, wenn ein bisher noch nicht bestandenes Recht vom Dritten bestellt wird (z. B. Bestellung einer Servitut l. 63 D. de usufr. 7, 1), ein translativer, wenn ein bereits bestehendes Recht übertragen wird (z. B. Eigenthumserwerb durch Tradition, Cession einer Forderung).

11) Mit Unrecht zählt Wächter §. 78 auch den derivativen constitutiven Erwerb zur Rechtsnachfolge, da man doch in diesem Fall nicht in das bereits bestehende Recht eines Dritten eintritt und das erworbene Recht nicht identisch mit dem Recht des Auctors ist; vgl. Puchta Institut. II S. 322 Pandekt. §. 47 und Vorles. dazu, Böcking §. 100 §. f.

12) Dieser Ausdruck ist freilich nicht quellenmäßig; vgl. Savigny IV S. 11.

13) Z. B. Eigenthum vgl. §. 367. §. 661 a. b. G. B. (cf. l. 13 §. 5 D. de A. E. V. l. 4 §§. 29. 31 D. de dol. mal. exc. 44, 4. l. 7 §. 3 D. de P. A. 6, 2) oder Schuldforderung (cf. l. 17 l. 19 D. de O. et A. l. 108 §. 4 D. de leg. I).

14) Andere Bezeichnungen: lucrativa acquisitio, lucrativa res (l. 4 §. 31 D. de dol. mal. exc. 44, 4).

15) Cf. l. un. C. de impon. lucrat. descript. (10, 35) u. Sell Über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839) S. 20 fg. — Auch der Erwerb durch Jagd, Beute, Finden eines Schatzes ist lucrativa causa (Savigny IV S. 12). — Der Erwerb durch Ersitzung ist allerdings insofern lucrativ, als für die Ersitzung keine Leistung gemacht wird (cf. l. 82 §. 1 D. de leg. I); allein er ist dennoch bald als entgeltlicher bald als unentgeltlicher Rechtserwerb zu betrachten, je nachdem der Besitztitel ein entgeltlicher oder unentgeltlicher ist; so z. B. ist die Ersitzung einer gekauften Sache als entgeltlicher, die Ersitzung einer geschenkten Sache als lucrativer Rechtserwerb zu betrachten (vgl. Wächter §. 78 Note 8 gegen Sell a. a. O. S. 22). — Die Erwerbung eines Pfandrechts ist eine entgeltliche, wenn etwas dafür geleistet wird, z. B. ein Darleihen unter der Bedingung der Pfandbestellung gegeben oder gestundet wird; eine unentgeltliche dagegen, wenn für eine bereits be-

Auf den Rechtserwerb bezieht sich die Unterscheidung der Rechte in gegenwärtige und zukünftige[17]. Das gegenwärtige Recht (jus praesens) ist das dem Berechtigten erworbene, ihm bereits wirklich zustehende Recht; das zukünftige Recht (jus futurum) ein Recht, welches dem betreffenden Subject noch nicht zusteht, sondern das zu erwerben es nur erst in Aussicht hat[18]. Diese Aussicht kann eine nähere oder entferntere sein; die Möglichkeit ein Recht zu erwerben kann eine unbestimmte allgemeine sein, welche überhaupt jeder Person zusteht[19], oder sie kann nur für das betreffende Subject vorhanden sein, aber auch hier wieder bald mehr bald weniger bestimmt sein[20], so daß der Begriff des künftigen Rechtes sich in die bedeutungslose Möglichkeit ein Recht zu erwerben auflöst. Aber selbst wenn man den Begriff des künftigen Rechtes auf jene Fälle restrin-

---

stehende Schuld und ohne Rücksicht auf weitere Anborgung vom Schuldner oder einem Dritten ein Pfand bestellt wird. Diese Unterscheidung ist wichtig wegen der Bestimmung des §. 456 a. b. G. B., der die Voraussetzungen des §. 367, also auch Entgeltlichkeit des Rechtserwerbs, enthält (was von unseren Schriftstellern gewöhnlich übersehen wird).

16) l. 108 §. 6 D. de leg. I l. 83 §. 6 D. de V. O. §. 6 I. de leg. (2, 20). Vorausgesetzt wird hierbei, daß nicht der Erbe oder Legatar für die Erwerbung des Zugedachten etwas zu leisten hat, z. B. conditionis implendae causa (l. 44 §. 4 D. de condit. 35, 1), oder einen früher Berufenen durch eine Vermögensleistung zur Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses bewogen hat. Daß wenn und insoweit die Erbschaft durch Schulden oder Vermächtnisse oder das Vermächtniß durch ein Weitervermächtniß absorbirt wird, von einem lucrativen Erwerb keine Rede sein könne, versteht sich von selbst.

17) Eine ausführliche Erörterung über das jus futurum findet sich bei G. L. Böhmer Exerc. ad Pand. Tom. I exerc. V De jure futuro (p. 143—210).

18) Auch das betagte Recht ist ein künftiges Recht (die ältere Schule z. B. Böhmer c. I §. 3 nannte es ein jus futurum secundum quid), aber ein festes unentziehbares Recht; mit Unrecht behaupten manche Schriftsteller (z. B. Sintenis I §. 12 Note 4, Wächter §. 77 Note 10), das betagte Recht sei ein gegenwärtiges, nur noch nicht fälliges realisirbares Recht; vgl. unten §. 83 Note 7.

19) Z. B. jemand verschenkt sein künftiges Vermögen (§. 944 a. b. G. B.), hierunter sind alle Rechte verstanden, die überhaupt in der Zukunft erworben werden können; vgl. auch Wächter II S. 608—610.

20) Man nehme z. B. folgende Fälle: das Recht des nächsten Intestaterben auf eine künftige Erbschaft; das willkürlich entziehbare Recht des eingesetzten Erben oder des bedachten Legatars; das Recht des in einem Erbvertrag eingesetzten Erben; das Recht des Notherben; das Recht des unter einer Suspensivbedingung eingesetzten Erben nach des Erblassers Tod; das angebotene (deferirte) Erbrecht, dessen Erwerbung in der Macht des eingesetzten Erben steht (l. 151 D. de V. S.); oder das an eine Bedingung und das an einen Anfangstermin geknüpfte Recht; ein

girt[21], wo einige der zum Erwerb eines Rechtes erforderlichen Thatsachen sich bereits verwirklicht haben, so daß die wirkliche Entstehung des Rechts nur noch von den Umständen oder vom Zufall oder vom Willen dessen, der das Recht erwerben soll, abhängt, ist dennoch dieser Begriff, abgesehen von der Unbestimmtheit, an welcher er auch in dieser Beschränkung noch leidet[22], ohne praktische Bedeutung[23], und es reducirt sich diese ganze rein doctrinäre Eintheilung der Rechte in gegenwärtige und zukünftige auf die natürliche Unterscheidung, daß alle zur Hervorbringung eines Rechts erforderlichen Thatsachen schon eingetreten sind oder nicht[24].

Die verschiedenen Rechte haben sehr verschiedene Entstehungsgründe. Dennoch versuchte die ältere Schule[25] alle Erwerbungen von Rechten oder doch mindestens die dinglicher Rechte auf zwei Erfordernisse zurückzuführen, auf einen **Titel** (titulus acquirendi[26])

---

bedingtes Forderungsrecht und ein Forderungsrecht auf künftige Sachen (res futurae Bd I §. 45).

21) So thut dieß **Sintenis** I §. 12 insbes. Note 2.

22) Man sehe z. B. die Fälle, die **Sintenis** a. a. O. hieher rechnet.

23) Von praktischer Wichtigkeit wäre höchstens dieß, daß derjenige, der ein jus futurum hat, Sicherstellung gegen die Vereitlung seines künftigen Rechts fordern könnte; allein weder steht dieß jedem zu, der ein künftiges Recht hat (vgl. die Note 20 angeführten Fälle) noch ist dieß gerade ein besonderes Prärogativ des jus futurum; vgl. **Sintenis** selbst Note 2. Überhaupt läßt sich aus dem Begriff des künftigen Rechts nichts Allgemeines jedem künftigen Recht als solchem Zukommendes ableiten, da der Inhalt und die Natur des künftigen Rechts ein sehr verschiedener sein kann (man vergleiche z. B. das geschütztere Notherbenrecht [§. 951] und das künftige Recht des in einem Erbvertrag eingesetzten Erben [§. 1252], und die künftigen Rechte nur das negative Moment gemeinsam haben, daß sie alle noch nicht erworbene Rechte sind.

24) Wie bedeutungslos diese Eintheilung der Rechte sei, davon überzeugt man sich, wenn man nachliest, was die gemeinrechtlichen Lehrbücher gewöhnlich darüber enthalten, z. B. **Schweppe** I §. 144, **Mühlenbruch** I §. 76, **Wening** I §. 30.

25) Das Literargeschichtliche s. in **Hugo's** Aufsatz „Vollständige Darstellung der Lehre vom titulus und dem s. g. modus acquirendi" in seinem civilist. Magazin Bd IV (1815) Nr. VI S. 153 fg. Wie allgemein verbreitet die Lehre vom titulus und modus acquirendi war, lehrt die Äußerung von **Toullier** Droit civil français Tom. IV nr. 54.

26) Der Ausdruck titulus kommt in den Quellen als technischer nur für den Vorwand (πρόφασις wie Theophilus es ausdrückt) vor, unter welchem jemand besitzt; insofern sagen sie, daß zur Usucapion ein justus titulus gefordert werde (**Hugo** a. a. O. S. 147). Sonst kommt der Ausdruck titulus bei der Cession einer Forderung aber nicht als technischer vor (vgl. Note 34); bei der Erwerbung des Eigenthums durch Tradition wird nicht der Ausdruck titulus sondern causa, justa causa, causa praecedens gebraucht; vgl. die in Note 29 angef. Stellen.

als die rechtliche Möglichkeit (den Rechtsgrund) des Erwerbs, und eine Erwerbsart (modus acquirendi[27]) als die Verwirklichung jener Möglichkeit. Diese Theorie hat ihren Sitz und Ausgangspunkt in der Lehre vom Eigenthum, indem man davon ausging, daß nach römischem Recht jede Erwerbung des Eigenthums einen Titel voraussetze und erst durch einen zu diesem hinzukommenden Erwerbsact wirklich erfolge, und daran die naturrechtliche Streitfrage knüpfte[28], ob auch nach dem Naturrecht titulus und modus zur Erwerbung des Eigenthums gehören, wie nach römischem Recht. Der Sinn, in welchem man titulus und modus acquirendi zur Erwerbung des Eigenthums verlangte, war anfänglich der, daß man, um Eigenthum zu erwerben, eine Forderung haben und in Folge derselben den Besitz der Sache erlangen müsse[29]. Man mußte jedoch bald einsehen, daß diese Behauptung, welche selbst schon in Ansehung der Erwerbung des Eigenthums durch Tradition nicht richtig ist[30], in Ansehung aller

27) Der Ausdruck modus acquirendi findet sich in den Quellen gar nicht, sondern nur der Ausdruck modus acquisitionis, acquisitio, genus acquisitionis, modi quibus res nostrae fiunt (Fritz Erläuter. I S. 250); diese Ausdrücke aber bezeichnen die Gesammtheit, nicht bloß einzelne der zur Erwerbung des Eigenthums führenden Thatsachen.

28) Vgl. Hugo S. 158. 159.

29) Die Veranlassung hierzu gaben insbesondere l. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur; cf. l. 9 §. 4 eod. — si is rem vendiderit et tradiderit faciet eam accipientis — cf. Ulpian. XIX 7, Gajus II 20) eine Stelle die auch sonst zu manchem Irrthum Veranlassung gab; vgl. folg. Note.

30) Denn die Übertragung des Eigenthums durch Tradition beruht lediglich auf dem übereinstimmenden Willen der Parteien Eigenthum zu übertragen und zu erwerben (§. 45 I. de R. D. 2, 1 = l. 9 §. 3 D. de A. R. D. 41, 1 Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi). Die Tradition als dinglicher Vertrag (vgl. unten §. 93) bewirkt die Übertragung des Eigenthums, ihr charakteristisches Kriterium besteht gerade in ihrer Unabhängigkeit von dem Rechtsgrund, von der Causa (l. 36 D. de A. R. D. l. 22 pr. l. 50 D. de cond. indeb. 12, 6. l. 6 C. si quis alt. 4, 50; vgl. Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855 §. 4); wenn in den Quellen eine justa causa praecedens erwähnt wird (l. 31 pr. cit.), so geschieht dieß nur in dem Sinn um über die Absicht, in welcher die Tradition unternommen wurde, keinen Zweifel zu lassen (vgl. Warnkönig Bemerkungen über den Begriff der justa causa bei der Tradition im Arch. f. d. civil. Prax. Bd VI Nr. IV und insbes. Savigny Obl. R. II S. 254 fg.). Es ist daher

übrigen Erwerbungsarten des Eigenthums ganz und gar unhaltbar sei[31]. Um nun die beliebt gewordene Unterscheidung nicht fallen zu lassen, legte man ihr einen Sinn bei, der von jenem ursprünglichen ganz verschieden ist. Man verstand nemlich unter Titel bald den Rechtssatz, welcher die fragliche Erwerbung möglich macht, bald das factische Verhältniß, welches der wirklichen Erwerbung vorausgehen muß, um diese, den modus acquirendi, möglich zu machen. So konnte man freilich nicht nur bei der Erwerbung des Eigenthums durch Occupation einen titulus und modus acquirendi unterscheiden, indem man als den Titel bald den Rechtssatz res nullius cedit occupanti, bald die Herrenlosigkeit der Sache, die Occupation selbst aber als den modus acquirendi ansah, sondern diese mehrdeutige Unterscheidung ließ sich auf alle Erwerbungsarten des Eigenthums wie der dinglichen Rechte überhaupt bequem anwenden, und selbst bei dem von den älteren Schriftstellern (Bd I S. 534 fg.) zu den dinglichen Rechten gezählten Erbrecht machen, indem man unter dem Titel des Erbrechts die Delation, unter der Erwerbsart desselben die Adition verstand[22]. — Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Theorie vom titulus und modus acquirendi aufgenommen und an die Spitze der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums den Satz gestellt: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbsart kann kein Eigenthum erlangt werden" (§. 380). Diese Unterscheidung wird nicht nur beim derivativen Erwerb des Eigenthums (§. 424. §. 425), sondern auch beim originären Erwerb desselben (§. 381[33]) gemacht und ebenso bei den ding-

---

völlig unrichtig, wenn die Vertheidiger der richtigen Ansicht über Titel und Erwerbsart behaupten, daß die Übergabe an sich, „das äußere leere Factum der Übergabe" (nuda traditio) niemals ein für sich bestehender Rechtsgrund der Eigenthumserwerbung sein könne, so z. B. Thibaut Versuche S. 185. 186. Glück VIII S. 113; vgl. dagegen l. 2 §. 5 D. de donat. 39, 5 (si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione — mea fiet).

31) Wie könnte man z. B. bei der Erwerbung des Eigenthums durch Occupation eine Forderung annehmen, die durch Besitzerlangung erfüllt werde und zum Eigenthumserwerb führe? vgl. Hugo S. 161 fg. Fritz S. 251. 252.

32) Die Veranlassung hierzu gab wohl die l. 151 D. de V. S. Delata hereditas intelligitur quam quis adeundo possit consequi. Vgl. Hugo S. 164 fg. Fritz S. 252. 253.

33) Als Titel wird hierbei der Rechtssatz quod nullius est id jure naturali occupanti conceditur (§. 12 I. de R. D.) in dem naturrechtlichen Gewand der angeborenen Freiheit, freistehende Sachen in Besitz zu nehmen, angegeben (vgl.

lichen Rechten (§. 449 fg. §. 480. §. 481) und im Erbrechte (§. 533) durchgeführt; ja das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Unterscheidung selbst auf die Erwerbung des „Eigenthums an einer Forderung" übertragen, indem es bei der Cession einer Forderung zwischen Titel [34] und Modus distinguirt (§. 427. §. 1393 [34a]). — Daß diese Unterscheidung zwischen Titel und Erwerbsart eine völlig verfehlte und unhaltbare sei, welche zu den mannigfaltigsten Irrthümern die gefährliche Veranlassung gibt, wird heut zu Tage seit den treffenden Ausführungen von Thibaut (Civilistische Versuche, erste Auflage 1798 Nr. XI Über den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi) Schömann (Hdbch. des Civilr. Bd II 1806 Nr. VII Über titulus und modus acquirendi) und insbesondere Hugo (Civil. Magazin, Bd I S. 83 fg., Bd IV Nr. VI) nicht nur von allen gemeinrechtlichen Schriftstellern [35], sondern nunmehr auch von österreichischen Auctoren [36] anerkannt. Will man unter Titel den Rechtssatz verstehen, der die fragliche Erwerbung als rechtlich möglich erklärt, so läßt sich zwar insofern bei jeder Rechtserwerbung zwischen Titulus und Modus unterscheiden; aber es ist einerseits nicht abzusehen, was mit dieser überall zulässigen Unterscheidung zwischen Möglichkeit und Wirklichkeit gewonnen sein soll [37], andrerseits ist es

---

§. 317 a. b. G. B. und Bd I §. 60 Note 9). Zeiller II S. 159 führt als Titel der Erwerbung des Eigenthums durch Occupation einerseits („objectiv") die Herrenlosigkeit und ursprüngliche Bestimmung der Sachen, dem Menschen zu dienen, anderseits („subjectiv") die natürliche Freiheit, sich ihrer zu bemächtigen, an.

34) Auch in den römischen Quellen findet sich bei der Cession der Ausdruck titulus, aber natürlich ohne die Bedeutung, welche ihm hier beigelegt wird; so heißt es in l. 33 C. de donat. (8, 54) donationis titulo cessiones actionum accipientes — venditionis titulo cessas actiones; wie wenig aber titulus hierbei eine technische Bedeutung hat, das beweist der Umstand, daß es gleich weiter in dieser Stelle heißt susceptis per donationem cessionibus.

34a) Ältere Schriftsteller haben öfters behauptet, daß zur Cession Tradition des Schuldscheins erforderlich sei (Puchta Vorl. II S. 131); diese Ansicht ist ins bürgerl. Gesetzb. übergegangen (§. 427).

35) Vgl. Glück VIII §. 578, Fritz Erläuter. I S. 249 fg. In modernen Lehrbüchern des Pandektenrechts wird dieser Eintheilung nur noch als einer überwundenen und abgethanen erwähnt; vgl. z. B. Puchta §. 148, Sintenis I §. 38 Note 1, Vangerow I §. 305 u. A. (Sintenis bemerkt sogar „dieser Eintheilung werde bald selbst in den Anmerkungen der Lehrbücher nicht mehr gedacht werden").

36) Stubenrauch I S. 751.

37) Vgl. insbesondere die treffenden Ausführungen von Hugo Civ. Mag. I S. 87. 88.

unzulässig, in gewissen Fällen dann noch wieder unter Titel nicht den Rechtssatz, sondern etwas Anderes z. B. einen Vertrag zu verstehen[38], wodurch überdieß das Gesetz auf eine Stufe mit diesen Entstehungsgründen der concreten Rechtsverhältnisse herabgedrückt wird (Bd I §. 1). Will man unter Titel gewisse factische Voraussetzungen verstehen (z. B. Herrenlosigkeit einer Sache, Delation einer Erbschaft), so fehlt es an allem Grunde, gerade einige dieser Voraussetzungen herauszuheben und sie als Titulus auszuscheiden und zu bezeichnen, da das subjective Recht doch nur aus dem Zusammentreffen aller erforderlichen Voraussetzungen entspringt. Endlich entstehen viele Zweifel und Irrthümer daraus, daß man sich in manchen Fällen vergebens bemüht, zwischen Titulus und Modus zu unterscheiden[39],

---

38) Und ist denn nicht auch in diesen Fällen ein Rechtssatz vorhanden, der die fragliche Erwerbung durch Titel und Modus (z. B. Vertrag und Tradition) erst möglich macht, und warum ignorirt man hier diesen Rechtssatz und nennt ihn nicht wie bei der Occupation den Titel? Vgl. Schömann S. 149. 150.

39) In solchen Fällen greift man zu einem Auskunftsmittel, welches am besten geeignet ist, die Haltlosigkeit jener Unterscheidung zu manifestiren: man sagt, der Titel und die Erwerbart fielen zusammen, „sie schmölzen in einander, so daß der nemliche Akt Titel und Art zugleich sei" (Zeiller II S. 157; vgl. auch noch die Darstellung in Hugo's Civ. Mag. I S. 194. 195), so z. B. in dem Fall wenn man einem Bettler ein Almosen gebe oder jemanden ein Geschenk überreiche oder jemanden auf dessen Bitten, ohne jedoch ein pactum de mutuo dando geschlossen zu haben, eine Geldsumme als Darlehen gebe. Und zwar soll der Titel hierbei in einem obligatorischen Vertrag bestehen, der jedoch wegen seiner sofortigen Erfüllung nicht zur besonderen Existenz gelange! Diese durch und durch verkehrte Annahme eines in der Geburt erstickten obligatorischen Vertrags ist aus der irrigen Ansicht hervorgegangen, daß die Tradition nur als solutio den Übergang des Eigenthums zu bewirken im Stande sei (vgl. Note 30). Diese Annahme hat weiter zu der irrigen Behauptung Veranlassung gegeben, daß wenn eine Sache sine causa tradirt worden sei, der Tradent Eigenthümer verbleibe, weil die Tradition allein ohne Causa zur Übertragung des Eigenthums nicht genüge; es soll daher z. B. nach der Ansicht mancher älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller (vgl. dieselben bei Glück XIII S. 111. 112) und vieler österreichischer Schriftsteller (vgl. z. B. Winiwarter V S. 104, Ellinger ad §. 1431; die richtige Ansicht hat Nippel VIII S. 186 fg.; Zeiller IV S. 158 drückt sich nicht ganz klar aus) derjenige, der eine Sache indebite tradirt hat, nicht nur die condictio indebiti sondern auch die Vindicationsklage haben, „weil die Bezahlung einer Nichtschuld kein gültiger Titel der Erwerbung sei." Allein der größte Theil der Condictionslehre beruht ja gerade darauf, daß die Tradition unabhängig von ihrer Causa Eigenthum verschafft (cf. l. 5 D. de cond. s. c. 12, 7, ferner D. de cond. ob turp. caus. 12, 5 t. t.) und Condiction und Vindication schließen einander regelmäßig geradezu aus! Die Grundsätze des röm. Rechts von der condictio indebiti sind daher immer auch den älteren Commentatoren desselben als widersprechend mit

oder doch darüber schwankt, worin der Modus[40] eigentlich bestehen solle[41].

III. Endigung der Rechtsverhältnisse und Rechte im Allgemeinen (Rechtsverlust).

§. 73. Ein entstandenes Rechtsverhältniß, respective ein erworbenes Recht geht für die berechtigte Person wieder unter, wenn solche Thatsachen eintreten, an welche das objective Recht diese Wirkung knüpft (Verlust-Erlöschungsgründe der Rechte). Diese Erlöschungsgründe der Rechte[1] sind theils solche, welche durch den auf den Verlust gerichteten Willen des Berechtigten bedingt sind, so daß

---

l. 31 cit. vorgekommen und haben zur Annahme eines titulus putativus Veranlassung gegeben (Warnkönig a. a. O. S. 114. 118).

40) So z. B. worin der modus acquirendi bei der Erwerbung des Erbrechts, bei der Erwerbung einer Forderung durch Cession (vgl. unten §. 96 Note 15), oder bei der Erwerbung des Pfandrechts auf die illata et invecta (§. 1001 a. b. G. B.) bestehe.

41) Titel (Rechtstitel) ist dem heutigen Sprachgebrauch zufolge (abgesehen vom Titel worauf der Besitz ruht) der Inbegriff sämmtlicher Thatsachen, welche die Erwerbung eines Rechts in concreto herbeigeführt haben; in diesem Sinn ist Titel gleichbedeutend mit Entstehungsgrund eines Rechts (causa) und ist z. B. der Titel meines Eigenthumsrechts die Occupation, Tradition, Ersitzung, der Titel meines Forderungsrechts ein Vertrag, Legat, Delict (vgl. z. B. l. 11 §. 2 l. 14 §. 2 D. de exc. r. j. 44, 2). Dieselben Thatsachen führen im Allgemeinen (in abstracto) die Entstehung des fraglichen Rechts herbei; die Gesammtheit dieser Thatsachen, durch welche eine Rechtserwerbung in abstracto bewirkt wird, heißt Erwerbungsart des Rechts; so ist z. B. die Tradition oder Occupation eine Erwerbungsart des Eigenthums, der Vertrag eine Erwerbsart des Forderungsrechts. Titel und Erwerbungsart bestehen somit aus denselben Thatsachen und der Unterschied zwischen beiden beruht lediglich darauf, ob man ein erworbenes Recht oder die Erwerbbarkeit eines Rechts vor Augen hat. — Der Ausdruck Titel ist aber auch in dem Sinn sprachgebräuchlich geworden, um die Forderung zu bezeichnen, welche jemanden auf Bestellung eines dinglichen Rechts zusteht; in diesem Sinn spricht man z. B. von Eigenthums-Pfandrechtstiteln als dem persönlichen Recht auf Bestellung des Eigenthums- oder Pfandrechts durch Tradition der Sache oder Eintragung in die öffentlichen Bücher. Gegen diese Bezeichnung ist nichts einzuwenden, wenn man nur stets vor Augen hat, daß nicht immer und nothwendigerweise der Erwerbung des fraglichen Rechts eine Forderung auf Bestellung desselben vorangehen muß, und daß diese Forderung gar nicht zu den Thatsachen gehört, durch welche das Recht erworben wird, indem sie nur einen Anspruch auf Verwirklichung jener Thatsachen gibt (z. B. Tradition, Intabulation), durch welche allein und unabhängig das fragliche Recht entsteht.

1) Eine Übersicht der verschiedenen Erlöschungsgründe findet sich bei Böcking §. 101.

das Recht nur mit dem Willen des Berechtigten und durch seine darauf gerichtete Thätigkeit verloren geht (s. g. freiwillige Erlöschungsgründe z. B. absichtliche Zerstörung einer Sache, Veräußerung im weiteren Sinn); theils treten sie ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten ein (s. g. nothwendige Erlöschungsgründe), so daß der Verlust des Rechts ohne seinen Willen stattfindet (z. B. Verlust des Eigenthums durch zufälligen Untergang der Sache), oder doch die Mitwirkung seines auf den Verlust des Rechts gerichteten Willens dabei ganz indifferent ist (z. B. Verlust des Eigenthums durch Ersitzung desselben durch einen Andern, einer Servitut durch Nichtausübung, eines Klagerechts durch Verjährung).

Der Verlust des Rechts ist ein subjectiver, wenn der Verlust nur den bisherigen Inhaber des Rechts trifft, so daß das Recht nur den Träger wechselt, also im Nachfolger des bisher Berechtigten fortdauert (z. B. Cession einer Forderung, Veräußerung einer Sache an einen Andern). Hier geht das Recht in seinem objectiven Bestande nicht unter, sondern über, indem das Rechtsverhältniß selbst fortdauert, und nur die darin stehenden Personen wechseln (vgl. folg. §). Dagegen ist der Untergang des Rechts ein objectiver, wenn das Recht nicht bloß in Beziehung auf die Person des bisher Berechtigten zu existiren aufhört, sondern in seinem objectiven Bestande erlischt (z. B. Tilgung einer Forderung durch Zahlung, Untergang einer Servitut durch Nichtausübung, Untergang des Eigenthums durch Dereliction oder Zerstörung der Sache u. s. f.). Hier geht das Recht nicht über, sondern unter, weil das Rechtsverhältniß selbst zu Grunde geht[2].

Die Thatsachen, welche die Endigung eines Rechtsverhältnisses, den Verlust eines Rechtes bewirken, heißen rechtsaufhebende Thatsachen. Die rechtsaufhebenden Thatsachen führen diese Wirkung entweder unmittelbar herbei, so daß mit dem bloßen Eintritt der fraglichen Thatsache das Recht von selbst (ipso jure) erlischt, (rechtsvernichtende Thatsachen, unmittelbar rechtsaufhebende Thatsachen, ipso jure wirkende Erlöschungs-

2) Immerhin ist es aber hierbei möglich, daß ein Recht gleichen Inhalts und zwar sofort entsteht: dennoch ist das alte Recht untergegangen und ein neues entstanden z. B. Ersitzung einer Sache, Occupation einer derelinquirten Sache (c. l. 5 D. quae in fraud. credit. 42, 8), Novation einer Forderung.

gründe[3]); oder sie führen diese Wirkung nur mittelbar herbei, indem sie nicht durch ihr bloßes Eintreten das vorhandene Recht vernichten, sondern sich ihrer erst die hierzu berechtigte Person bedienen muß, um das betreffende Recht im Weg der Klage ohne Vertheidigung anzufechten und aufzuheben (mittelbar rechtsaufhebende Thatsachen, ope exceptionis, mittelbar wirkende Erlöschungsgründe). Im ersten Fall ist das Recht mit dem Eintritt der Thatsache ein aufgehobenes, im zweiten Fall ein aufhebbares[4]. Der Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Beendigung eines Rechtsverhältnisses, zwischen ipso jure und ope exceptionis eintretender Erlöschung eines Rechts ist in materieller Beziehung[5] von Wichtigkeit[6]. Tritt ein Umstand ein, welcher von selbst (ipso jure) den Untergang eines Rechts herbeiführt, so ist das Recht hiermit rettungslos erloschen. Es kann zwar ein Recht mit dem gleichen Inhalt und von derselben Art wieder zur Existenz gebracht werden; es ist dann aber nicht das aufgehobene Recht, das wieder zur Existenz kommt, sondern es entsteht ein ganz neues, vom aufgehobenen verschiedenes Recht, zu dessen Entstehung

---

3) z. B. Erlöschen einer Forderung durch Zahlung oder Novation, Erlöschung des Eigenthumsrechts durch Untergang der Sache u. s. f.

4) Mancher Erlöschungsgrund wirkt nach römischem Recht ope exceptionis, der im heutigen österr. Recht gewiß ipso jure wirkt; so z. B. erlöschen nach röm. Recht Prädialservituten und Obligationen mit Eintritt des festgesetzten Endtermins nicht ipso jure, wie nach österr. Recht, sondern nur ope exceptionis (§. 3 I. de V. O. 3, 15 l. 56 §. 4 D. eod. l. 44 §. 1. 2 D. de O. et A. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1; vgl. Savigny III §. 127 und unten §. 83), was wohl mit dem Gang der Ausbildung des römischen Rechts zusammenhängt (l. 44 §. 1 cit. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi; Savigny a. a. O. Note f). — Mancher Erlöschungsgrund wirkt bald ipso jure bald ope exceptionis; so z. B. der Erlaßvertrag (§. 1444 a. b. G. B.), der bald die Forderung unmittelbar tilgt (Acceptilation) bald die Forderung fortbestehen läßt und dem Schuldner nur ein Recht gibt, sich gegen die Geltendmachung derselben zu schützen (pactum de non petendo); vgl. unten §. 96 Note 17. — Da der Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Beendigung eines Rechts in materieller Beziehung von Wichtigkeit ist, so erklärt sich daraus das praktische Interesse, welches die Frage hat, ob ein Erlöschungsgrund ipso jure oder ope exceptionis wirke. In Ansehung mancher Thatsachen ist der Streit, ob sie unmittelbar oder mittelbar die Beendigung des Rechts zur Folge haben, bis auf die neueste Zeit fortgesetzt worden; so insbesondere rücksichtlich der Compensation.

5) In prozessualischer Beziehung bilden diese Thatsachen (nebst anderen) den Stoff der Einreden im eigentlichen Sinn (exceptiones im technischen Sinn).

6) Vgl. hierüber Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 20—52. Vangerow §. 126 Anm.

alle Voraussetzungen nöthig sind, als wenn das frühere Recht gar nie existirt hätte[7]; daher kann denn insbesondere der bloße Verzicht auf den eingetretenen ipso jure wirkenden Erlöschungsgrund das einmal erloschene Recht nicht wiederherstellen, dafern nicht in Verzicht zugleich alle Erfordernisse der neuen Rechtsentstehung enthalten sind[8]. Wenn dagegen bloß ein mittelbarer Erlöschungsgrund vorhanden ist, so ist das alte Recht so lange nicht aufgehoben, als die berechtigte Partei sich jenes Erlöschungsgrundes zu diesem Zweck nicht bedient hat; die Befugniß hiervon Gebrauch zu machen kann aber durch manche Umstände, so insbesondere auch durch Verzichtleistung[9] hinwegfallen, wodurch dann jenes nur aufhebbare noch nicht aufgehobene Recht in seiner vollen Wirksamkeit verbleibt[10] (vgl. unten §. 94 Note 39).

VI. Vom Eintritt in bestehende Rechtsverhältnisse (Succession)[1].

§. 74. Succession (Rechtsnachfolge) ist der Eintritt in ein Rechtsverhältniß an die Stelle eines Andern[2] kraft eines zwischen

---

7) Vgl. Löhr in seinem Magazin IV S. 146 fg. und Büchel S. 30 fg. Ist z. B. eine Darlehensschuld bezahlt worden, so ist dadurch die Forderung vollkommen getilgt und aufgehoben; soll der Schuldner aus einem Darlehen wieder schuldig werden, so muß ihm ein neues Darlehen gegeben werden; würde der Schuldner die gezahlte Summe noch einmal zu zahlen versprechen, so wäre dieß gar kein Darlehen sondern eine Schenkung, vgl. Büchel S. 40.

8) l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14); z. B. zwei Contrahenten lösen re integra durch mutuus dissensus den geschlossenen Kaufvertrag auf (§. 920 a. b. G. B.); kämen sie dann auch wieder überein, daß das alte aufgehobene Kaufgeschäft gelten solle, so läge hierin doch nur die Abschließung eines neuen Kaufvertrags mit demselben Inhalt; l. 27 §. 2 cit. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. cf. l. 58 eod. i. f. verb. quia eo modo etc.

9) l. 13 D. de lib. leg. (34, 3) l. 28 pr. D. de leg. I l. 12 D. de novat. (46, 2); z. B. der Schuldner verzichtet auf die Einrede der Verjährung (§. 1502 a. b. G. B.).

10) l. 27 §. 2 cit.

1) Hasse Über universitas juris und rerum im Archiv f. civil. Prax. Bd V Nr. I (insbes. S. 19 fg.), Savigny System III §. 105, Puchta Institut. II §. 198.

2) In locum alicujus succedere; l. 42 l. 156 §. 2 D. de R. J. l. 1 §. 13

Diesem und dem Eintretenden (Rechtsnachfolger) bestehenden juristischen Verhältnisses. Das charakteristische Kriterium der Succession besteht somit darin, daß 1) ein Rechtsverhältniß bereits vorhanden ist, in welches jemand eintritt[3]; 2) daß das Rechtsverhältniß dasselbe bleibt (fortdauernde Identität des Rechtsverhältnisses), indem nur die Personen, die in diesem Verhältniß stehen, wechseln[4]; 3) daß der Nachfolger kraft eines besonderen zwischen ihm und dem Vorgänger bestehenden juristischen Verhältnisses an die Stelle desselben tritt; würde es an einer solchen juristischen Verbindung zwischen dem Vorgänger und Nachfolger fehlen, so könnte immerhin von einer Aufeinanderfolge, nicht aber von einer Nachfolge in das betreffende Rechtsverhältniß die Rede sein: das Rechtsverhältniß würde von Neuem in der Person des Nachfolgers entstehen, es wäre wohl das gleiche Verhältniß, wie es bei dem Vorgänger bestanden hat, aber es wäre nicht dasselbe nur in verschiedenen Personen fortdauernde Verhältniß, sondern ein ganz neues[5].

Die Succession in ein Rechtsverhältniß kann sowohl in activer als in passiver Beziehung stattfinden, das heißt es kann der Successor

---

D. quod legat. (43, 3) l. 3 §. 2 D. de itin. act. (43, 19) l. 4 §. 29. 31 D. de dol. mal. exc. (44, 4).

3) Die Succession in ein Recht fällt daher unter den Begriff des derivativen Rechtserwerbs; dieser letztere Begriff ist aber weiter, da er auch den Fall befaßt, da das erworbene Recht mit dem des Auctors nicht identisch ist; vgl. §. 72 insbes. Note 11.

4) Savigny S. 10, Scheurl Beiträge I S. 13 fg. — In neuester Zeit ist diese Auffassung der Succession als Eintritt in ein fortbestehendes Rechtsverhältniß angegriffen worden von Kuntze Die Obligation und die Singularsuccession des röm. u. heut. Rechts (1856) insbes. S. 53 fg.; allein dieser Angriff ist seither allgemein als ein verfehlter erkannt worden (vgl. die literarischen Nachweisungen bei Unger Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere 1857 S. 41 Note 5). Wäre der Eintritt in ein Rechtsverhältniß, die Übertragbarkeit eines Rechts in der That eine logische Unmöglichkeit, wie Kuntze behauptet, wie könnte es eine Universalsuccession geben, da er diese doch selbst (S. 70 fg.) als den Eintritt in bestehende Rechte, als den Übergang des Rechts definirt!

5) Der bloße Wechsel der Personen allein genügt nicht zum Wesen der Succession; so findet z. B. eine Succession nicht statt, wenn der Eigenthümer seine Sache derelinquirt und diese sofort von jemanden occupirt wird (l. 5 D. quae in fraud. credit. 42, 8), oder wenn eine Sache ersessen wird, da in diesen Fällen der Erwerber zwar das gleiche Recht erwirbt, das der frühere Eigenthümer hatte, aber doch als ein neues, welches von dem früheren unabhängig, durch dasselbe nicht bedingt ist.

sowohl an die Stelle des bisherigen Berechtigten [6] als an die des bisherigen Verpflichteten [7] treten. Da das Rechtsverhältniß bei diesem Personenwechsel dasselbe bleibt, so folgt daraus, daß das Recht wie die Verpflichtung auf den Nachfolger ohne Veränderung des Inhalts und der Beschaffenheit übergehen [8], daß daher einerseits das Recht zwar mit allen Vortheilen, aber auch mit allen Lasten, Mängeln und Beschränkungen, welche mit demselben verbunden sind [9], andrerseits die Verpflichtung mit allen mit ihr verbundenen Schutzmitteln auf den Rechtsnachfolger übertragen wird [10].

Eine Succession findet nur in ein Rechtsverhältniß statt [11], aber nicht in jedes Rechtsverhältniß kann succedirt werden [12]. Es gibt

6) In diesem Fall nennt man den Vorgänger Auctor, Rechtsurheber; doch wird dieser Ausdruck einerseits gewöhnlich nur bei der Singularsuccession gebraucht (Puchta Instit. II S. 322, vgl. jedoch l. un. Herm. C. de success. 12) andererseits heißt aber bei dem derivativen Rechtserwerb überhaupt (Note 3) derjenige, von dem wir unser Recht ableiten, Auctor, Rechtsurheber.

7) Es scheint mir daher in systematischer Beziehung unrichtig zu sein, wenn viele neuere Lehrbücher (z. B. Puchta Pandekt. §. 47, Arndts §. 56, Sintenis I §. 16, Wächter §. 79) von der Succession bei dem Erwerb der Rechte handeln.

8) l. 175 §. 1 D. de R. J. Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus a quo jus in me transit. l. 177 pr. eod. Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. l. 54 eod. Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet. §. 442 a. b. G. B.

9) l. 20 §. 1 D. de A. R. D. — quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur quale fuit apud eum qui tradit. §. 442 §. 443 a. b. G. B. Ist das übertragene Forderungsrecht ein durch Einreden qualificirtes, so geht es mit dieser Modification auf den Nachfolger über l. 143 D. de R. J. Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit vgl. §. 1394 a. b. G. B. — Über den Übergang der Vortheile und Lasten, der Mängel und Beschränkungen eines Rechts vgl. Wächter §. 80.

10) Es kann daher z. B. der Erbe oder der Übernehmer einer Schuld alle mit dem Rechtsverhältniß selbst verbundenen Einreden (exceptiones rei cohaerentes) geltend machen, welche der ursprüngliche Schuldner selbst hätte geltend machen können. Überhaupt beruht die rechtliche Möglichkeit der s. g. exceptiones rei cohaerentes, welche sowohl activ als passiv auf Universal- und Singularsuccessoren übergehen (l. 7 §. 1 D. de except. 44, 1 l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. 21, 3 l. 28 D. de exc. r. j. 44, 2) gerade darauf, daß das Rechtsverhältniß seinem Inhalt nach dasselbe bleibt und nur die Personen wechseln (vgl. Unger a. a. O. S. 42 Note 7. 8).

11) In den Besitz als ein factisches Verhältniß findet keine Succession statt l. 23 pr. l. 30 §. 5 D. de acq. vel amitt. poss. (41, 2), Savigny Recht des Besitzes (6. Aufl.) S. 27; der Mangel der Succession in den Besitz wird durch die Accession des Besitzes (§. 1493 a. b. G. B.) ersetzt.

12) Hasse S. 60 fg., Savigny S. 11. 12.

Rechtsverhältnisse, welche so innig mit der Person ihres Trägers zusammenhängen, daß ein Eintritt an die Stelle desselben unmöglich ist. Hierher gehören nach heutigem Recht vor Allem die Familienverhältnisse [13]; doch gibt es auch einige Vermögensrechtsverhältnisse, bei welchen ein Wechsel der Personen unstatthaft ist [14] (Bd I §. 64 A). In der Regel aber ist bei den Vermögensrechtsverhältnissen eine Succession zulässig: auf dieses Gebiet des Vermögensrechts bezieht sich ausschließlich der Begriff der Succession.

Die Succession als der Eintritt in bestehende Vermögensrechtsverhältnisse wird in Singular- und Universalsuccession unterschieden [15].

I. Die Singularsuccession ist der Eintritt in ein Rechtsverhältniß als einzelnes (in rem succedere) [16]; ob dabei in ein einziges Rechtsverhältniß, oder in eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen zugleich eingetreten wird, ist gleichgültig, wenn nur in jedes der in der Mehrheit begriffenen Verhältnisse als einzelnes succedirt wird. Daß in Eigenthum und dingliche Rechte, soweit diese nicht zu den unübertragbaren gehören, eine Singularsuccession stattfinden

---

13) Bei der Adoption sprechen zwar manche Schriftsteller von einer wahren Succession (in die väterliche Gewalt §. 183 a. b. G. B.), so z. B. Hasse S. 66, Savigny S. 13, Sintenis §. 16 Note 7; allein dagegen mit Recht Scheurl S. 13. 14.

14) Ein Recht wird dann als unübertragbar erscheinen, wenn der Wechsel der Personen eine Veränderung des Rechts in seinen wesentlichen Momenten mit Nothwendigkeit nach sich zieht, so daß mit der Veränderung der Personen das Recht selbst zu einem andern würde. Daraus erklärt es sich von selbst, warum der Usus und der Ususfructus unübertragbare Rechte sind (§. 485 §. 507 a. b. G. B.); beim Usus wird der Umfang des Rechts durch das Verhältniß der berechtigten Person bestimmt (§. 505 a. b. G. B.), beim Nießbrauch hängt die Dauer desselben vom Leben der bestimmten Person ab (§. 529 a. b. G. B.). Hieraus ergibt sich aber auch, daß principiell der Übertragung eines Forderungsrechts nichts im Wege steht, da der Wechsel in der Person des Gläubigers im Inhalt des Forderungsrechts keine Veränderung erzeugt.

15) Kuntze in der Note 4 angef. Schrift §. 19 läugnet den „Wurzelbegriff“ der Succession und die Gliederung desselben in Singular- und Universalsuccession, „die logische Associirung der Begriffe von Universal- und Singularsuccession.“ Er faßt beide Begriffe als wesentlich verschiedene, nichts Gemeinsames habende auf und definirt die Singularsuccession als den Übergang des Rechtsobjects, die Universalsuccession als den Übergang des Rechts. Diese irrige Ansicht ist aus einer ungerechtfertigten Auffassung der Quellenausdrücke in rem succedere, in jus succedere hervorgegangen.

16) Über die Bezeichnung der Singularsuccession in den römischen Quellen vgl. Savigny S. 21.

könne, ist unbestreitbar: es kann aber nach österreichischem Recht (§. 1392 §. 1394 a. b. G. B.) und sollte auch für das heutige gemeine Recht nicht bezweifelt werden, daß eine Singularsuccession auch in Obligationen rechtlich möglich sei, und zwar sowohl activ (durch Cession) als passiv (durch Schuldübernahme)[17].

II. Die Universalsuccession ist der Eintritt in die Gesammtheit der Vermögensrechtsverhältnisse einer Person als ideale Einheit[18] (succedere in universum jus, in omne jus, in universa bona[19]). Aus dem Mittelpunkt des Vermögenskreises tritt die Person, auf welche bisher die activen und passiven Vermögensrechtsverhältnisse bezogen wurden, heraus, und eine andere Person[20] tritt in diesen Mittelpunkt hinein: es findet in diesem Fall ein Personenwechsel im Centrum einer Vermögenssphäre statt. Sowohl bei der Singular- als bei der Universalsuccession tritt man in die Stelle eines Andern ein (in locum alicujus)[21], allein diese Stelle ist in beiden Fällen eine verschiedene: bei der Singularsuccession ist es die

17) Die Frage, ob eine Singularsuccession in Obligationen rechtlich möglich sei, ist bekanntlich in neuester Zeit sehr lebhaft besprochen worden: vor dem Erscheinen von Mühlenbruch's Lehre von der Cession (1. Aufl. 1819), also zur Zeit der Abfassung des bürg. Gesetzb. zweifelte Niemand an dieser Möglichkeit. Auf diese Frage näher einzugehen, ist nicht hier, sondern im Obligationsrecht der Ort; vgl. indeß Windscheid Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts (1856) §. 14 fg. u. Bähr Zur Cessionslehre in Ihering's Jahrb. für Dogmat. Bd I (1857) Nr. VIII.

18) Der Begriff der Universalsuccession wird weder dadurch ausgeschlossen, daß die Succession bloß eine Quote des Vermögens betrifft, da die Quote als Bruchtheil der Vermögenseinheit erscheint, noch dadurch, daß vom Vermögen, welches als ideales Ganzes übergehen soll, einzelne Rechte ausgenommen sind, welche ihrer besonderen Natur nach nicht fähig sind übertragen zu werden und daher im Fall der Succession ganz untergehen, da hierdurch gleichfalls das Wesen der Vermögenseinheit nicht afficirt wird; vgl. Hasse S. 24, Savigny S. 13. 14.

19) Über die Bezeichnung der Universalsuccession in den römischen Quellen s. Hasse S. 40 fg., Savingny S. 17 fg.

20) Mit dem Wesen der Universalsuccession ist es ganz gut verträglich, daß nicht Eine Person, sondern mehrere zugleich in universum jus succediren. In einem solchen Fall bilden die mehreren Personen (die Miterben) miteinander den Mittelpunkt des Vermögenskreises, sie repräsentiren gemeinschaftlich die vermögensrechtliche Persönlichkeit ihres Erblassers: jeder Theilerbe succedirt in universum jus, aber jeder nur pro parte (vgl. §. 550 a. b. G. B.).

21) l. 1 §. 13 D. cit. In locum successisse accipimus sive per universitatem sive in rem his sit successum. l. 3 §. 2 D. cit. — in cujus locum hereditate vel emtione aliove quo jure successi.

Stelle eines Trägers einzelner Rechtsverhältnisse, bei der Universalsuccession die Stelle eines Mittelpunkts eines ganzen Vermögenskreises[22]. Daraus erklärt es sich von selbst, daß bei der Universalsuccession der Nachfolger sofort und unmittelbar Träger aller einzelnen activen und passiven Vermögensrechtsverhältnisse wird, ohne daß es hierzu noch erst eines besondern Actes bedürfte. Während daher bei der Singularsuccession jedes einzelne Recht übertragen, also jedes Eigenthumsstück tradirt, jede Forderung cedirt werden muß, eine Übertragung der Schuldverbindlichkeit aber ohne Einwilligung der Gläubiger ganz unmöglich ist, wird bei der Universalsuccession der Rechtsnachfolger mit Einem Schlag Eigenthümer und Forderungsberechtigter[23], ohne daß dazu eine Tradition oder Cession nöthig oder auch nur möglich wäre[24], und es gehen auf ihn ohne weiters alle Schulden über. Bei der Singularsuccession zieht man aus der Peripherie eines fremden Vermögenskreises einzelne Vermögensgegenstände in den seinigen herüber: bei der Universalsuccession erwirbt man die einzelnen Vermögensstücke mittelbar dadurch, daß man in

---

22) Insofern kann man allerdings mit Puchta Instit. II S. 322 (Vorl. I S. 104) sagen, die Universalsuccession beruhe auf einer Vereinigung der (vermögensrechtlichen) Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten mit der des Successors: der Universalsuccessor repräsentirt die vermögensrechtliche Persönlichkeit seines Vorgängers (§. 547 a. b. G. B.).

23) l. 37 D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2).

24) Es wird daher der Erbe, sobald er die Erbschaft angetreten hat, dadurch ipso jure Eigenthümer aller Sachen, woran der Erblasser Eigenthum hatte (hereditas heredis res singulas facit l. 80 D. de leg. II §. 547 a. b. G. B.); daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, eine Eintragung des Erben in dieselben stattfinden muß (§§. 436. 819 a. b. G. B.), ist nicht als eine Ausnahme von jenem Satz, sondern nur als eine durch das Institut der öffentlichen Bücher bewirkte Modification desselben anzusehen. Es ist somit irrig, wenn unsere Schriftsteller (von Zeiller III S. 863 angefangen bis auf Stubenrauch II S. 807) die Behauptung aufstellen, daß der Erbe erst durch die Einantwortung der Erbschaft Eigenthümer der Erbschaftssachen wurde und den modus acquirendi in der körperlichen Übergabe (§. 426) oder im Fall des §. 810 in der Erklärung (§. 428) des Richters sehen wollen: als ob der Richter mittlerweile Eigenthümer aller Erbschaftssachen wäre und hier von einer Tradition longa oder brevi manu die Rede sein könnte! Die Einantwortung der Erbschaft ist so wenig ein Act der Eigenthumsübertragung als etwa die Übergabe des Vermögens von Seiten des Vormundes an den volljährig gewordenen Mündel (§. 263 a. b. G. B.). Eine Bestätigung für die hier vertheidigte Ansicht liegt in der Schlußbestimmung des §. 823 in Verbindung mit §§. 366. 369; die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht müßten annehmen, daß in der Einantwortung der Erbschaft eine Cession der Vindicationsklage liege!

das ideale Ganze eintritt, dessen Theile jene bilden[25] (succedere per universitatem, acquirere per universitatem, per universitatem transire).

Im heutigen österreichischen Recht[26] gibt es nur noch Einen Fall der Universalsuccession: es ist der der Beerbung eines Verstorbenen[27]. Auf andere Fälle kann diese Art des Eintritts in fremde Vermögensrechtsverhältnisse nicht angewendet werden; es hängt somit nicht etwa vom Belieben und der Verabredung der Parteien

---

25) Daher kann es kommen, daß manche Rechte auf dem Weg der Universalsuccession übergehen, in welche eine Singularsuccession unzulässig ist, z. B. ein Jude beerbt einen Christen, der Eigenthümer von Immobilien ist l. 62 D. de A. R. D. l. 1 §. 1 D. de fundo dotal. (23, 5) l. 9 D. de re mil. (49, 16); von diesem wichtigen Fall wird im Erbrecht ausführlich gehandelt werden.

26) Nach römischem Recht gab es zahlreiche Fälle einer Universalsuccession (Gaj. II 97. 98 §. 6 I. per quas pers. 2, 9) und zwar sowohl in das Vermögen eines Lebenden als in das eines Verstorbenen; vgl. Hasse S. 49 fg., Savigny S. 15, Schwanert Enumeratio per universitatem successionum, quae exstant in jure rom. (1846). — Nach gemeinem Recht gehört noch der Fall hierher, wenn der Fiscus eine Erbschaft verkauft, indem der Käufer die Erbschaft wie ein Erbe mit einer Universalklage in rem fordern kann (l. 54 pr. D. de H. P.) und die Erbschaftsschulden auf ihn dergestalt übergehen, daß der Fiscus ganz frei wird (l. 11 D. de J. F. 49, 14 l. 1 C. de her. vend. 4, 39; Hasse S. 39. 50, Arndts in der Gieß. Zeitschr. Bd XIX Nr. I): im österr. Recht ist dieser Fall einer Universalsuccession hinweggefallen, indem der Verkauf einer Erbschaft durch den Fiscus wie jeder andere Verkauf einer Erbschaft (§. 1278 fg.) behandelt wird.

27) Auf diesem Unterschied der Universal- und Singularsuccession beruht der Unterschied zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer: der Erbe ist Universalsuccessor, der Legatar Singularsuccessor. Für die Lösung der Frage, ob der Bedachte als Erbe oder als Legatar anzusehen sei, gibt es zwei Wege. Man kann nemlich den gewählten Ausdruck für entscheidend ansehen; dieß ist die Bestimmung des röm. Rechts, wonach der Ausdruck heres bewirkt, daß die fragliche Person als Erbe (Universalsuccessor) zu betrachten ist, daher denn auch der heres ex re certa als Universalsuccessor angesehen werden muß, trotz des Widerspruchs, der in einer solchen Einsetzung liegt (vgl. insbes. Neuner Die heredis institutio ex re certa 1853 und Vangerow II §. 449 Anm. 2). Oder man sieht denjenigen als Universalsuccessor (Erben) an, der auf das ganze Vermögen oder einen aliquoten Theil desselben eingesetzt ist, und den auf eine pars quanta Eingesetzten als Singularsuccessor (Legatar) an und kümmert sich nicht weiter um den gebrauchten Ausdruck (zum Erben einsetzen, vermachen u. s. f.). Diesen letzteren Weg, der dem Wesen der Sache allein entspricht (cf. l. 6 D. de test. mil. 29, 1 Arndts Pand. §. 493) hat mit Recht das bürgerl. Gesetzb. eingeschlagen (§§. 532. 535). Hierin nun aber fehlen m. E. unsere Schriftsteller, daß sie gar nicht oder nur vorübergehend als das Grundprincip des Unterschieds zwischen Erbschaft und Legat den Unterschied zwischen Universal- und Singularsuccession angeben, während doch von diesem Standpunkt aus sich alle Fragen mit Sicherheit lösen lassen.

ab, eine Universalsuccession festzusetzen[28]. Wenn daher selbst ein Vermögen als Ganzes (s. g. universitas juris Bd I §. 57 III) Gegenstand eines Rechtsgeschäfts ist, und die Absicht der Parteien auf Übertragung desselben als eines Ganzen gerichtet ist (z. B. jemand verschenkt sein ganzes Vermögen oder einen aliquoten Theil desselben, oder bestellt einen Ususfructus an seinem ganzen Vermögen oder einem Theil desselben, oder bestellt sein ganzes Vermögen zur Dos, oder geht eine allgemeine Vermögensgesellschaft ein, oder veräußert eine Erbschaft oder eine Handlung oder ein Geschäft), so findet dennoch nicht eine Universal-, sondern nur eine Singularsuccession statt, das heißt alle Bestandtheile des Vermögens müssen einzeln übertragen (die einzelnen Sachen tradirt, die einzelnen Forderungen cedirt) werden, und der Auctor wird durch diese Übertragung allein von seinen Schuldverbindlichkeiten nicht frei.

Sechzehntes Capitel.

Von den Handlungen im Allgemeinen.

I. Begriff, Erfordernisse und Arten der Handlung.

§. 75. **Handlung** ist eine in der Sinneswelt hervortretende Willensäußerung; **juristische Handlung** eine in der Sinneswelt hervortretende Willensäußerung, welche juristische Wirkungen hervorbringt[1].

Die **Erfordernisse** einer juristischen Handlung sind 1) **Willensvermögen** des Handelnden, 2) Richtung des Willens auf Etwas (**Willensentschluß**, consilium), 3) Verwirklichung des gefaßten Entschlusses[2] (**Willensäußerung**, factum).

Die Handlungen sind **positive** (affirmative) oder **negative**

---

28) Der Grund dafür liegt darin, daß eine solche Universalsuccession eine Vernichtung der privatrechtlichen Persönlichkeit voraussetzen würde, was die Privatwillkür des Einzelnen eben so wenig zu bewirken vermag als eine Vernichtung seiner juristischen Persönlichkeit überhaupt; vgl. auch **Schilling** Instit. III S. 948 (einen andern Grund geben **Hasse** S. 60 fg. und **Savigny** S. 17 an).

1) Im Gegensatz zur juristischen Handlung ist die **natürliche** eine solche, welche nicht juristische Wirkungen hervorbringt.

2) Ohne Äußerung des Willens gibt es keine Handlung; daher nec consilium habuisse noceat nisi et factum secutum fuerit (l. 53 i. f. D. de V. S.); cogitationis poenam nemo patitur (l. 225 D. de V. S.) vgl. §. 11 des Strafg.

je nachdem sie in einem Thun (Handlungen im engern eigentlichen Sinne) oder in einem Unterlassen bestehen (Omissivhandlungen, Unterlassungshandlungen)[3].

Von den Handlungen bilden jene eine wichtige und große Classe, welche unmittelbar die Hervorbringung einer juristischen Wirkung bezwecken; diese Handlungen heißen Rechtsgeschäfte. — Eine andere wichtige Classe von Handlungen bilden die unerlaubten.

II. Handlungsfähigkeit[1].

§. 76. Die Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit juristische Handlungen zu setzen, also Handlungen mit der Wirkung zu unternehmen, daß sie die ihnen eigenthümlichen juristischen Folgen hervorbringen[1a]. Die Handlungsfähigkeit als die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechtsverhältnisse zu begründen, zu modificiren oder aufzuheben, setzt die Rechtsfähigkeit als die Fähigkeit in den fraglichen Rechtsverhältnissen zu stehen, voraus[2]: sie ist aber ebensowenig als die Persönlichkeit (Bd I §. 60) ein eigenes Recht, sondern nur eine Eigenschaft der Person.

Die Handlungsfähigkeit hängt von der Fähigkeit, den im (vorhergeh. § angegebenen) Erfordernissen der Handlung (Willensvermögen, Willensentschluß, Willensäußerung) zu entsprechen, ab; je nachdem eine Person dem einen oder dem andern dieser Erfordernisse einer juristischen Handlung nicht zu genügen vermag, ist sie von der Möglichkeit ihrer Vornahme nach natürlichen Grundsätzen[3] ausge-

— Unpassend nennt man öfters den gefaßten aber noch nicht ausgeführten Entschluß innere Handlung im Gegensatz zur äußeren Handlung, welche allein wahre Handlung ist.

3) Auch bei der Omissivhandlung müssen die angegebenen Erfordernisse der Handlung vorhanden sein; „daher ist nicht jede Unterlassung eine Handlung, sonst wäre der Schlafende handelnd, sondern Omissivhandlung ist nur die aus einem Entschluß hervorgegangene Unterlassung" (Puchta Pand. §. 49 Note b). — Mit Unrecht schließt Savigny III S. 5 die Unterlassungen vom Begriff der freien Handlungen aus.

1) Vgl. Savigny III §. 106—112.

1a) Natürliche Folgen kann selbstverständlich auch die Handlung des vollkommen Handlungsunfähigen hervorbringen.

2) Vgl. Bd I §. 25 Note 3.

3) Es gibt auch Fälle, in denen aus rein positiven Gründen die Handlungsfähigkeit einer Person beschränkt ist, so z. B. die beschränkte Handlungsfähigkeit eines Verbrechers (Bd I §. 33) oder eines Cridatars: von diesen Fällen ist hier nicht die Rede.

schlossen. Die angegebenen Erfordernisse der Handlung sind unter sich dem Grade nach verschieden: es wird daher auch die Handlungsfähigkeit mehr oder minder unvollkommen sein, je nachdem das eine oder das andere jener Momente fehlt.

I. Vollkommen handlungsunfähig sind jene Personen, denen das Willensvermögen fehlt. Hierher gehören:

1) Die durch Geisteskrankheit der Vernunft gänzlich Beraubten (Rasende, Wahnsinnige) und jene Personen, welche an einer solchen Geistesschwäche leiden, daß sie die Folgen ihrer Handlungen nicht einzusehen vermögen (Blödsinnige nach dem Sprachgebrauch des bürgerl. Gesetzb. §. 21, vgl. Bd I §. 38). Solche Personen sind vollkommen unfähig zu allen juristischen Handlungen[4], sowohl zu Rechtsgeschäften als zu unerlaubten Handlungen[5], und stehen regelmäßig unter einem Curator[6]. In diesem Falle sind sie aber nach österreichischem Recht[7] auch in lichten Zwischenräumen (dilucidis intervallis) nicht fähig, ohne Zuziehung ihres Curators Rechtsgeschäfte, wodurch sie Verbindlichkeiten übernehmen, zu schließen[8]; dafern jedoch solche Personen noch nicht oder unregelmäßiger

4) §§. 49. 310. 566. 865 a. b. G. B.; cf. §. 8 I. de inut. stip. (3, 19) l. 17 D. qui testam fac. (28, 1) (l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de acq. vel amitt. poss. (41, 2) l. 1 §. 12 D. de O. et A. l. 5 l. 40 D. de R. J.

5) §. 1306 a. b. G. B. cf. l. 5 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2) l. 60 D. de R. V. l. 13 §. 1 D. de off. praes. (1, 18); von der Ausnahme, welche §. 1310 a. b. G. B. von dieser Regel macht, wird im Obl. R. die Rede sein.

6) §§. 21. 273 a. b. G. B.; das Nähere hierüber im Vormundschaftsrecht.

7) Anders nach röm. Recht, indem hiernach der unter Curatel gestellte Wahnsinnige in lichten Zwischenräumen auch ohne Zuziehung des Curators vollkommen wirksam handeln kann (l. 6 C. de cur. fur. 5, 70 l. 2 C. de C. E. 4, 38); particularrechtlich jedoch hat sich diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit der unter Curatel gesetzten Wahnsinnigen auch in lichten Zwischenräumen (mit Modificationen im Einzelnen, vgl. z. B. Heimbach Lehrb. des particul. Privatr. der zu dem O. A. G. zu Jena und Zerbst vereinten Länder [1848] §. 165) ausgebildet. Unsere österr. Schriftsteller sind mit Recht hierüber einig, vgl. z. B. Zeiller III S. 17 fg., Stubenrauch I S. 129 III S. 17.

8) Letztwillige Verfügungen können sie in lichten Zwischenräumen allerdings errichten §. 567 a. b. G. B. (cf. l. 17 D. qui testam. fac. 28, 1 l. 9 C. eod. tit. 6, 22; die Schlußbestimmung des §. 567 erklärt sich mit Rücksicht auf die ältere Doctrin vgl. Glück II S. 124—126 IV S. 53 und die particularrechtliche Entwickelung vgl. auch Heimbach a. a. O.) und auch Delicte begehen §. 1310 verb. ob dem Beschädiger u. s. w. (cf. l. 14 D. de off. praes. 1, 18). Unter Curatel gesetzte Wahnsinnige sind somit in lichten Zwischenräumen nur beschränkt handlungsfähig.

Weise überhaupt nicht unter Curatel stehen, sind sie in lichten Zwischenräumen allerdings vollkommen handlungsfähig[8a].

2) Die des Vernunftgebrauchs momentan Beraubten; also jene Personen, welche sich in einem „vorübergehenden Zustand der Sinnesverwirrung" befinden (§. 1307 a. b. G. B.). Zu diesen Zuständen gehört das Delirium im Fieber, das Nachtwandeln, der Somnambulismus überhaupt, ferner die Trunkenheit[9], wenn sie einen so hohen Grad erreicht, daß sie das Bewußtsein aufhebt[10].

3) Personen, welche im Kindesalter stehen, d. h. die noch nicht sieben Jahre alt sind (Bd I §. 37 Nr. 1). Auch diesen Personen fehlt der Gebrauch der Vernunft und daher das erforderliche Willensvermögen[11]; die Handlung, welche sie unternehmen, zieht die betreffende juristische Wirkung nicht nach sich, daher denn insbesondere Kinder weder ein ihnen gemachtes vortheilhaftes Versprechen wirksam annehmen können[12], noch für sich allein den Besitz einer Sache zu erwerben im Stande sind[13].

4) Juristische Personen (Bd I §. 42—44). Diese sind schon

8a) A. A. Rippel in Pratobevera's Mater. IV S. 195 fg., Stubenrauch I S. 201 III S. 17, s. dagegen Harum im Magaz. Bd. X S. 246. 247 (dessen Ausführungen ich aber gleichfalls nicht für ganz richtig halten kann).

9) Was den heftigen Zorn anbelangt, so schließt derselbe den Dolus bei öffentlichen und Privatdelicten keineswegs aus; Rechtsgeschäfte werden in einem solchen Zustand wohl kaum unternommen werden, sollte dieß der Fall sein, so sind sie allerdings gültig; über l. 48 D. de R. J. und l. 3 D. de divort. (24, 2), auf welche Stellen man öfters (vgl. die bei Glück IV S. 53 Note 46 Angef. und ebenso noch Stubenrauch III S. 18) mit Unrecht die gegentheilige Behauptung hat bauen wollen (vgl. Glück Note 47 und Savigny S. 87.

10) §. 566 a. b. G. B. Die Delicte, die der Trunkene begeht, werden ihm jedoch insofern zugerechnet, als das Sichversetzen in diesen Zustand ein Verschulden ist §. 1307 a. b. G. B. (cf. c. 7 C. 15 qu. 1, Glück IV S. 56. „Was man trunken thut, muß man nüchtern büßen"), vgl. §. 2 lit. c. §. 236 §. 523 des Strafges.

11) §. 10 I. de inut. stipul. (3, 19) — hujusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. l. 1 §. 13 D. de N. et A. l. 5 D. de R. J.

12) §. 865 a. b. G. B. l. 70 D. de V. O. l. 26 C. de donat. (8, 54) §. 10 I. cit.

13) §. 310 a. b. G. B. l. 1 §. 2 l. 32 §. 2 D. de acquir. vel amitt. possess. (41, 2), Savigny S. 51 fg. Die Controverse, welche im gemeinen Recht durch l. 3 C. de adquir. poss. (7, 32) hervorgerufen wurde (vgl. die verschiedenen Auslegungsversuche bei Glück IV S. 60, ferner Puchta Rhein. Mus. V Nr. 3 Vorles. I Beil. XI und Savigny Recht des Besitzes S. 241 fg.) ist für das österr. Recht ohne Interesse.

ihrer Natur nach handlungsunfähig, weil jede Handlung Denken und Wollen voraussetzt, welches der fingirten Person fehlt.

II. **Theilweise handlungsunfähig** sind solche Personen, welche zwar Willensvermögen besitzen, denen aber der erforderliche Grad der Einsicht in die rechtliche Bedeutung gewisser Handlungen (rei intellectus) fehlt. Solche Personen sind wegen mangelnder Reife des Verstandes und daher des Willens [14] in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt. Hierher gehören:

1) Die **Unmündigen**, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben (impuberes infantia majores Bd I §. 37 Nr. 2). In Ansehung des Umfangs der Handlungsfähigkeit dieser Personen gilt der leitende Grundsatz, daß sie für sich allein ohne Zuziehung des Vormunds solche erlaubte Handlungen vollwirksam unternehmen können, wodurch sie ihre Lage verbessern, nicht aber solche, wodurch sie ihren Rechtszustand verschlimmern [15]. Im Einzelnen gilt Folgendes: a) Die Unmündigen sind fähig, für sich allein Besitz zu erwerben (§. 310) [16], nicht aber denselben aufzugeben [17]. b) Der Unmündige kann für sich allein Eigenthum und dingliche Rechte erwerben; veräußern aber kann er ohne Einwilligung des Vormunds nicht, weil er dadurch sein Vermögen vermindert [18]. c) In Ansehung der Handlungsfähigkeit der Unmündigen in Beziehung auf Obligations-

---

14) Solchen Personen fehlt das plenum judicium animi.

15) pr. I. de auct. tut. (1, 21) — meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem autem non aliter quam tutore auctore. l. 28 pr. D. de pact. (2, 14) cf. l. 10 D. de jur. et fact. ignor. (22, 6) und über diese Stelle Savigny §. 108 Note a.

16) Nach röm. Recht ist der allein handelnde Pupill nur dann fähig zum Besitzerwerb, wenn er bereits rei intellectum hat; es kommt somit auf die Beschaffenheit des individuellen Falls an und der Richter hat hierüber nach seinem Ermessen zu entscheiden; l. 1 §. 3 D. de acquir. vel. amitt. poss. (41, 2) l. 4 §. 2 D. de usurp. et usuc. (41, 3) l. 26 C. de donat. (8, 54), Savigny Recht des Besitzes (6. Aufl.) S. 283, System III §. 108 Nr. VIII. Anders nach österr. Recht, indem nach demselben (§. 310) jeder Unmündige, der die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, fähig ist, für sich allein Besitz zu erwerben, ohne daß es weiter auf den Grad der individuellen Einsicht ankäme.

17) Es kann also der Pupill allein den Besitz animo nicht verlieren (l. 11 D. de A. R. D. 41, 1); corpore kann der Besitz natürlich auch für den Pupillen verloren gehen (l. 29 D. de acq. vel amitt. poss. 41, 2) s. Savigny Recht des Besitzes S. 418. 419. System III S. 50 Note x.

18) §. 2 I. quib. alien. lic. (2, 8) l. 9 pr. §. 2 D. de auct. et cons. tut. (26, 8) l. 11 D. cit.

verhältnisse sind Verträge und unerlaubte Handlungen zu unterscheiden. α) Was zunächst obligatorische Verträge betrifft[19] und zwar einseitige, so kann der Unmündige, wenn er allein gehandelt hat, aus denselben nur Gläubiger, nicht Schuldner werden[20], d. h. einseitige Verträge, welche der Unmündige ohne Zuziehung des Vormunds geschlossen hat, sind nur dann vollwirksam, wenn der Unmündige der aus dem Vertrag Berechtigte ist[21]. Einen einseitigen Vertrag, in welchem er der Verpflichtete wäre, kann der Unmündige ohne Zuziehung des Vormunds ebensowenig schließen, als einen zweiseitigen Vertrag (z. B. ein Kaufgeschäft) §. 865 a. b. G. B.[22]. Was die Eingehung von liberatorischen Verträgen betrifft, so kann der Unmündige ohne Einwilligung des Vormunds solche Verträge gültig schließen, welche die Befreiung von einer ihm aufliegenden Verbindlichkeit herbeiführen[23]. Gültig Zahlung leisten[24] kann der Pupill ohne Tutor,

---

19) Vgl. hierüber Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 68 fg., Fritz Erläut. II S. 269 fg., Savigny Obl. R. I S. 61 fg., Vangerow I §. 279; ferner Schultze De naturali pupillorum obligatione, qui sine tutoris auctoritate contraxerunt (1853) und in neuester Zeit (1857) Goldschmidt Von der Verpflichtung der Unmündigen im Arch. f. c. Pr. Bd 39 Nr. XVII.

20) §. 865 cf. pr. I. de auct. tut. (1, 21) §. 9 I. de inut. stipul. (3, 19) l. 9 pr. D. de auct. tut. (26, 8).

21) Es kann daher z. B. der Pupill ohne Zuziehung des Vormunds sich wirksam ein Schenkungsversprechen machen lassen oder (als Deponent) einen Hinterlegungsvertrag schließen; insofern jedoch mit einem solchen Vertrag eine Veräußerung verbunden ist, wie z. B. beim Darlehen, so tritt das Moment der Veräußerungsunfähigkeit hervor (Text lit. b) und der Vertrag kommt nicht zu Stande, weil der erforderliche Eigenthumsübergang nicht stattfindet; es kann daher der Pupill resp. der Vormund die Geldstücke, wenn sie noch vorhanden sind, vindiciren, im entgegengesetzten Fall condiciren §. 2 I. quib. alien. lic. (2, 8) l. 9 pr. D. de auct. et cons. (26, 8) — credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest.

22) Von den Folgen, welche die Schließung eines solchen Vertrags ohne Zuziehung des Vormunds hervorbringt, wird im Obl. R. ausführlich gehandelt werden. Das österr. Recht steht in dieser bis auf die heutige Zeit bestrittenen Materie ganz auf dem Standpunkt der älteren aus Mißverständnissen des röm. Rechts hervorgegangenen Doctrin (vgl. Glück IV S. 62 fg., Weber Lehre von der natürl. Verbindl. §. 71, Höpfner Comment. §. 734).

23) Es kann daher z. B. der Pupill allein einen Erlaßvertrag (als Schuldner) gültig schließen (l. 28 pr. D. de pact. 2, 14) ebenso eine Obligatio gültig noviren (§. 3 I. quib. mod. obl. 3, 29 l. 1 §. 1 D. de novat. 46, 2), vgl. Savigny §. 108 Nr. III.

24) Es handelt sich hier nur um solche Solutionen, womit eine Veräußerung

insofern er eine richtige klagbare und bereits verfallene Schuld begleicht (§. 1421. §. 1433 a. b. G. B.)[25]; eine Zahlung empfangen aber kann der Pupill ohne Tutor nicht, indem er dadurch auf der einen Seite zwar Geld erwirbt, auf der andern Seite dagegen eine Forderung verliert (§. 1424 a. b. G. B.)[26]. β) Aus unerlaubten Handlungen haftet der Unmündige[27] gleich dem Volljährigen und zwar sowohl aus Delicten[28] (§. 1307 a. b. G. B.), als aus unerlaubten Handlungen in Beziehung auf besondere Verpflichtungsverhältnisse[29]. d) Der Unmündige ist unfähig zu testiren[30], und e) für sich allein eine Erbschaft anzutreten, da mit dem Erwerb einer Erb-

---

verbunden ist, denn daß ein Unmündiger durch andere Handlungen z. B. durch Leistung von Diensten und Arbeiten ohne Zuziehung des Tutors gültig solviren könne, kann nicht bezweifelt werden; vgl. Sintenis I §. 17 Note 27.

25) Das bürgerl. Gesetzb. kommt im praktischen Resultat auf dasselbe hinaus, was nach röm. Recht gilt; der Pupill kann nemlich ohne Vormund nicht solviren, weil hierin eine Veräußerung der Geldstücke liegt und er zu Veräußerungen unfähig ist (l. 29 D. de cond. indeb. l. 19 §. 1 D. de R. C. l. 9 §. 2 D. de auct. et consens. l. 14 §. 8 D. de solut. §. 2 i. f. I. quib. alien. lic.); allein insofern er dasjenige gezahlt hat, was er in der That civiliter schuldig ist, worauf er also wirksam belangt werden könnte, steht seiner an sich begründeten Rückforderungsklage die exceptio doli entgegen (vgl. Vangerow I §. 87 S. 594—595). — In derselben Weise, wie das österr. Gesetzb. stellt das preuß. Landr. (I 16 §. 41) diesen Fall dar; vgl. Koch Recht der Forder. II S. 567 fg.

26) Insoweit jedoch das Gezahlte noch vorhanden ist, oder der Pupill zur Zeit der Klagmittheilung noch bereichert erscheint (in quantum locupletior factus est) findet gegen die Klage auf nochmalige Bezahlung eine exceptio doli statt; §. 1424 a. b. G. B. cf. l. 15 D. de solut. (46, 3) l. 47 l. 66 eod. l. 4 D. de except. (44, 1), Savigny III S. 54. 55.

27) Nach röm. Recht ist darauf zu sehen, ob der Unmündige bereits doli capax ist; es kommt also in dieser Beziehung auf die individuellen Umstände an, deren Beurtheilung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist (vgl. Savigny §. 108 Nr. II); anders nach österr. Recht, indem der Unmündige ohne weiters haftet, sobald er die Jahre der Kindheit überschritten hat.

28) Auch in strafrechtlicher Beziehung werden den Unmündigen die Handlungen zugerechnet, jedoch mit der doppelten Modification, daß der Unmündige das 10. Jahr zurückgelegt haben muß (also pubertati proximus sein muß, vgl. Savigny III S. 37) §. 237 Strafg., und daß Handlungen, welche von Mündigen begangen Verbrechen wären, von Unmündigen begangen nur als Übertretungen bestraft werden (§. 237. §. 269 fg. Strafg.).

29) l. 1 §. 15 D. dep. (16, 3) l. 46 D. de O. et A. l. 3 §. 2 D. de tribut. (14, 4) cf. l. 60 D. de R. V.

30) §. 569 a. b. G. B. l. 5 D. qui testam. fac. (28, 1) l. 19 D. eod. l. 4 C. eod. (6, 22) §. 1 I. quib. non est perm. (2, 12).

schaft immer Verpflichtungen übernommen werden[31]. Ferner f) ist der Unmündige absolut unfähig, eine Ehe zu schließen[32], und g) unfähig zur Prozeßführung ohne Zuziehung des Vormunds[33].

2) Minderjährige, welche bereits mündig sind (puberes minores)[34]. Nach heutigem Recht[35] stehen Mündige, welche die Volljährigkeit noch nicht erreicht haben, in Beziehung auf ihre Handlungsfähigkeit in der Regel den Unmündigen gleich (§. 244 a. b. G. B.). Doch finden folgende Erweiterungen des Umfangs ihrer Handlungsfähigkeit statt: a) Die Mündigen sind fähig mit Zustimmung ihres Vaters oder Vormunds eine Ehe zu schließen (§. 49.

---

31) §. 233 a. b. G. B. §. 76 des Ges. 9. Aug. 1854 §. 1 I. de auct. tut. (1, 21) l. 9 §. 3. 4 D. de auct. et cons. (26, 8) l. 8 pr. l. 9 D. de acq. her. (29, 2) vgl. Savigny §. 108 Nr. VII.

32) Nach österr. Recht nemlich gehört die Unmündigkeit unter die Ehehindernisse aus dem Mangel des Vermögens zur Einwilligung (Marginalrubr. zu §. 48 vgl. Stubenrauch I S. 202. 203); anders nach canon. Recht, indem hiernach die Unfähigkeit des Unmündigen zur Ehe auf dem Mangel der Geschlechtsreife beruht (vgl. Schulte Handb. des kathol. Eher. §. 17).

33) §. 243 a. b. G. B. §. 64 A. G. O. §. 2 ungar. G. O. l. 1 §§. 2. 4 D de admin. tut. (26, 7) vgl. Bayer Vorträge über den ordentl. Prozeß (8. Aufl.) §. 119. Nach röm. Recht findet in dem Fall, daß der Unmündige allein Prozeß geführt hat, absolute Nullität statt, der Prozeß ist in Ansehung aller Theile und zwar auch in dem Fall ungültig, wenn der Pupill gesiegt haben sollte (l. 1 C. qui legit. pers. 3, 6 über l. 14 C. de proc. 2, 13 vgl. Brandis Über absolute und relative Nichtigkeit in der Gieß. Zeitschr. Bd VII Nr. IV. V §. 4). Heutzutage aber nimmt man in einem solchen Fall auch gemeinrechtlich (vgl. Bayer S. 64) nur eine relative Nullität an, indem es dem Vormund anheim gestellt wird, in dem Fall, daß in dem von dem Pflegebefohlnen allein geführten Prozeß das Urtheil gefällt worden wäre, die Nullität des Spruchs geltend zu machen. Vgl. Hofdecr. 4. Juni 1789, Gal. G. O. §. 57—59 §. 339 ungar. G. B., Zeiller I S. 498, Stubenrauch I S. 559. 560.

34) Nach röm. Recht endete mit der Mündigkeit die Tutel und es trat die cura minorum ein (Savigny §. 109. §. 111; Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 283 fg.). Im gemeinen Recht jedoch ist durch die Veränderung, welche die R. P. O. v. 1577 bewirkt hat, der Unterschied zwischen Tutel und Curatel in Beziehung auf Minderjährige hinweggefallen und die Vormundschaft dauert als ein und dieselbe bis zur Volljährigkeit fort; das Nähere im Vormundschaftsrecht.

35) Durch diese gesetzliche Bestimmung ist die im gemeinen Recht lebhaft bestrittene Frage, ob und inwieweit ein Minderjähriger sich ohne Zuziehung seines Curators durch Verträge gültig verpflichten könne (vgl. Glück IV S. 74 fg., Puchta Pand. und Vorl. §. 51, Vangerow I §. 291 Anm. 2) gelöst (übereinstimmend mit dieser Lösung für das heutige Recht Savigny Vermischte Schrift. II S. 392 fg., Kraut Vormundsch. II S. 97 fg.).

§. 245 vgl. auch §. 106 a. b. G. B.); b) sie sind fähig zu testiren[35a]; c) sie können über gewisse Sachen und Summen frei verfügen (§. 151 §. 246 a. b. G. B.); d) und sich auch ohne Einwilligung des Vormunds zu Diensten verdingen (§. 246 a. b. G. B.)[36]; e) sie sind fähig zur Abschwörung eines Eides[37] f) und sind, wenn sie 18 resp. 29 Jahre alt sind (dafern sie männlichen Geschlechts sind) fähig zum Solennitätszeugnisse (§. 591 a. b. G. B. §. 44 der Notar. Ordn. 21. Mai 1855).

3) Die als Verschwender gerichtlich erklärten volljährigen Personen (§. 273 a. b. G. B.). Diese stehen in Beziehung auf ihre Handlungsfähigkeit den Minderjährigen im Wesentlichen gleich[38] (§. 21. §. 49. §. 865 a. b. G. B.); sie sind jedoch nur fähig, über die Hälfte ihres Vermögens zu testiren (§. 568 a. b. G. B.)[39].

III. Eine theilweise Handlungsunfähigkeit kann durch den Mangel des dritten Erfordernisses der Handlung, durch die Unfähigkeit zur gehörigen Willensäußerung hervorgebracht werden. Diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit beruht zunächst und unmittelbar auf rein natürlichen Gründen, indem die Fähigkeit zu solchen Hand-

---

35a) Jedoch können sie vor zurückgelegtem 18. Jahre nur mündlich vor Gericht testiren §. 569 a. b. G. B., vgl. §. 60 N. O. 21. Mai 1855.

36) Es ist das sub lit. c und d Gesagte eine auch nach gemeinem Recht geltende, durch allgemeine Sitte und Gebrauch begründete Erweiterung der Handlungsfähigkeit herangewachsener Kinder; vgl. Sintenis §. 17 Note 32.

37) §. 140 lit. a. A. G. O. §. 235 lit. a. ungar. G. O. Nach röm. Recht war auch der Unmündige fähig einen zugeschobenen Eid abzuschwören (l. 26 pr. l. 42 pr. D. de jurej. 12, 2; über die scheinbar widersprechende l. 34 §. 2 eod. vgl. Savigny VII §. 310 Note h); im heutigen Recht hat sich dieß jedoch geändert, vgl. Savigny VII S. 85. Bayer Vorträge S. 876.

38) In der l. 40 D. de R. J. wird zwar der Interdicirte dem furiosus gleichgestellt, allein über diese Stelle (welche in Verbindung mit l. 19 l. 20 D. de aqua et aquae pluv. 39, 3 zu setzen ist) vgl. Savigny §. 112 Note p. Nach röm. Recht steht der prodigus in Beziehung auf seine Handlungsfähigkeit dem impubes pubertati proximus gleich; vgl. Savigny S. 88.

39) Nach röm. Recht sind Interdicirte gänzlich unfähig zu testiren l. 18 pr. D. qui testam. fac. (28, 1) §. 2 I. quib. non est perm. (2, 12). Nach nov. Leon. 39 jedoch soll ein verständig abgefaßtes Testament, welches keine Spuren verschwenderischer Gesinnung zeigt, aufrecht erhalten werden; obgleich nun diese Novelle in Deutschland nicht gilt, ist ihr Inhalt dennoch hin und wieder gebilligt worden (vgl. Glück XXXIII S. 382 fg.). Nach röm. Recht können Interdicirte auch nicht Zeugen bei einem Testament sein (§. 6 I. de test. ordin. 2, 10 l. 18 pr. l. 26 D. 28, 1); nach österr. dagegen sind sie allerdings fähige Testamentszeugen, wenn sie nur sonst die erforderlichen Eigenschaften haben.

lungen, wozu man eines gewissen Sinnesorganes bedarf, jenen abgehen muß, denen das fragliche Organ fehlt[40]. Für solche Personen[41] ist dann gewöhnlich durch besondere positive Vorschriften gesorgt[42]. Eine durchgreifendere Bestimmung besteht darin, daß Taube, Stumme und Blinde unfähig sind zum Solennitätszeugniß bei Testamenten (§. 591 a. b. G. B.)[43].

III. Einfluß des Irrthums auf die rechtlichen Folgen der Handlungen[1].

§. 77. I. **Unwissenheit** ist gänzlicher Mangel der Kenntniß, **Irrthum** Mangel der richtigen Kenntniß: jenes ist Mangel der Vorstellung überhaupt, dieses Mangel der richtigen Vorstellung, falsche Vorstellung[2]. In juristischer Beziehung stehen Unwissenheit und Irrthum ganz gleich[3]; was von dem einen gilt, gilt auch von

---

40) Daher konnte z. B. der Taube oder Stumme nicht stipuliren §. 7 I. de inut. stipul. (3, 19); ebenso konnten nach älterem röm. Recht (l. 6 §. 1 l. 7 D. qui testam. fac. 28, 1) Taube und Stumme der Testamentsform wegen nicht testiren.

41) Was insbesondere Taubstumme betrifft, so sind solche Personen, wenn sonst kein Hinderniß entgegensteht, vollkommen handlungsfähig und ist ihnen daher wider ihren Willen kein Curator zu setzen (§. 275 a. b. G. B.); daß sie vor Gericht nicht ohne Sachwalter erscheinen sollen (§. 275), erklärt sich aus natürlichen Gründen. Nach röm. Recht ist der von Geburt aus Taubstumme unfähig zu testiren (l. 10 C. de testam. 6, 23. §. 3 I. quib. non est perm. 2, 12; vgl. **Arndts** §. 484 Anm. 4): anders nach österr. Recht vgl. §. 63 der N. O. 21. Mai 1855. (vgl. auch preuß. Landr. I 12 §. 26).

42) So z. B. für Testamente von Blinden (l. 8 C. de testam. 6, 23 §. 3 I quib. non est perm. 2, 12 R. P. O. 1577 Tit. II §. 9) §. 581 a. b. G. B.

43) §. 591 a. b. G. B. cf. l. 20 §. 4 D. qui test. fac. (28, 1) §. 6 I. de test. ord. (2, 10); über die Unfähigkeit von Blinden zum Solennitätszeugniß bei Testamenten nach röm. Recht vgl. **Puchta** §. 465 Note p.

1) Von älteren Schriftstellern vgl. insbesondere **Donellus** Comment. de jure civ. lib. I c. 18—23; **Glück** Bd XXII S. 262 fg.; von neueren **Mühlenbruch** Über juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse im Archiv für civil. Prax. (1821) Bd II S. 361—451; **Savigny** System III Beil. VIII; **Herrmann** Beiträge zu der Lehre vom Irrthum in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd III S. 87 fg. S. 189 fg. Bd IV S. 325 fg. Bd V S. 132 fg. Bd VI S. 285 fg. (durch diese Beiträge ist die Lehre vom Irrthum eben nicht sehr gefördert worden). — Eine kleine Skizze über die Bedeutung des Irrthums im österr. Recht findet sich bei **Pratobevera** Mater. VI S. 149—159.

2) **Savigny** Nr. I.

3) Über die wesentliche Identität von Irrthum und Unwissenheit vgl. **Donellus** c. 19 §. 5. Irrthum und Unwissenheit treffen in dem gemeinschaftlichen

dem andern, die Verschiedenheit des gebrauchten Ausdrucks involvirt keine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung[4]. — Das Object der Unwissenheit und des Irrthums ist entweder eine Rechtsregel, also das objective Recht, oder ein Factum. Daher[5] die Eintheilung der Unwissenheit und des Irrthums in Rechtsunwissenheit, Rechtsirrthum (ignorantia juris, error juris) und factische Unwissenheit, factischen Irrthum[6] (ignorantia, error facti). Ersteres ist fehlende oder unrichtige Kenntniß eines Rechtssatzes, letzteres fehlende oder unrichtige Kenntniß gewisser Thatsachen[7]. Der Irrthum, welcher in der unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel besteht, kann bald ein factischer, bald ein Rechts-

---

Moment, Mangel richtiger Vorstellung, zusammen; vgl. auch Weil in der Note 5 angef. Abh. S. 378—382.

4) In den röm. Quellen werden die Ausdrücke error und ignorantia abwechselnd gebraucht (Donellus c. 19 §. 30), vgl. z. B. l. 1 §. 2 l. 9 §. 5 D. de jur. et fact. ignor. (22, 6) l. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). Ebenso findet sich im §. 2 a. b. G. B. der Ausdruck Unwissenheit, im §. 1431 der Ausdruck Irrthum; dennoch gilt das in jenen §§ Gesagte sowohl für den Irrthum als für die Unwissenheit.

5) Gegen die herrschende Auffassung, daß die Eintheilung des Irrthums in Rechts- und factischen Irrthum das Object des Irrthums zum Eintheilungsgrund habe, hat sich in neuester Zeit (1855) Weil Über die Begriffe juris et facti ignorantia (Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XII Nr. XIII) erklärt, indem er behauptet, daß die fragliche Eintheilung eine Eintheilung nach dem Grund des Irrthums sei. Allein Weil kommt doch wieder (wie nicht anders möglich) darauf hinaus, den (von ihm so genannten) Grundirrthum nach dem Object in einen error juris et facti zu unterscheiden (S. 292. 393). Unhaltbar ist Weil's Erklärung des error in jure suo (S. 383 fg.) und ebenso unrichtig die Behauptung, daß jeder Irrthum ein Irrthum im subjectiven Recht, in der Befugniß sei (von ihm s. g. Folgeirrthum S. 389 fg.); man nehme nur z. B. den Fall, daß ein Jurist eine Erbschaft sine beneficio antritt, weil er sie für solvent hält, oder ein römischer Erblasser einen Sclaven als Testamentszeugen zuzog, weil er ihn für frei hielt: wo ist hier ein Irrthum in der Befugniß vorhanden?

6) Gegen die Ausdrücke Rechtsirrthum und factischer Irrthum erklärt sich Böcking §. 87 Note 2, da jeder Irrthum factisch sei. Allerdings ist jeder Irrthum etwas Factisches, ein Zustand unrichtiger Vorstellung: aber nicht jeder Irrthum ist ein factischer.

7) Wer z. B. die gesetzliche Bestimmung nicht kennt, daß der Onkel die Nichte nicht heirathen dürfe (§. 65 a. b. G. B.) befindet sich in einem Rechtsirrthum; wer das Vorhandensein dieses Verwandtschaftsverhältnisses nicht kennt, also nicht weiß daß er der Onkel des Mädchens sei, das er heirathen will, befindet sich in einem factischen Irrthum. Beispiele über die Unterscheidung des Irrthums in Rechts- und factischen Irrthum finden sich in l. 1 D. h. t.

irrthum sein[8]. Er ist ein Rechtsirrthum, wenn man die vorliegenden juristischen Thatsachen klar und richtig erkennt, aber darin irrt, daß man auf diese nicht verwickelten unzweideutigen Thatsachen den fraglichen Rechtssatz für anwendbar oder unanwendbar hält: hier irrt man in der Auslegung und Anwendung des betreffenden Rechtssatzes, also in jure. Wenn dagegen der Rechtssatz unzweifelhaft ist, die juristischen Thatsachen aber so verwickelt sind, daß man sich dieselben nicht klar zurecht zu legen vermag, und deßhalb, weil man über das factische Substrat des Rechtsfalls im Unklaren ist, eine unrichtige Anwendung des Rechtssatzes d. h. eine falsche Entscheidung trifft, dann ist ein Irrthum in den Thatsachen, ein error facti vorhanden[9]. Der Irrthum in der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel ist demnach bald ein Rechts- bald ein factischer Irrthum, je nachdem man über den Obersatz, unter den subsumirt werden soll, oder über den Untersatz, der subsumirt werden soll, irrt.

II. Der Irrthum ist ein unentschuldbarer, wenn den Irrenden der Vorwurf grober Nachlässigkeit trifft; fällt dem Irrenden eine solche Nachlässigkeit nicht zur Last, so ist sein Irrthum ein entschuldbarer (error justus, probabilis[10]). Auf die Frage, ob der Irrthum in concretem Fall ein entschuldbarer oder unentschuldbarer sei, hat zunächst der Gegenstand des Irrthums den wichtigsten Einfluß. Der Rechtsirrthum ist in der Regel ein unentschuldbarer. Es wird nemlich von jedermann gefordert, daß er das Recht kenne, soweit dieß für seine Verhältnisse nothwendig ist; sollte er es nicht kennen, so gibt es hinreichende Gelegenheit, sich für den betreffenden Fall die erforderliche Rechtsbelehrung einzuholen: unterläßt er dieß zu thun, so liegt hierin eine unverzeihliche Nachlässigkeit. Der factische Irrthum dagegen ist in der Regel entschuldbar, weil dem Handelnden

---

8) Die Ansichten hierüber sind sehr verschieden; Savigny Nr. V und Sintenis I §. 22 Note 6 rechnen diesen Irrthum stets zum factischen, Puchta §. 57 Nr. 3 und Vorles. I S. 131 lit. d, Wächter §. 21 Note 21 und Böcking §. 87 Note 2 stets zum Rechtsirrthum; Hermann Zeitschr. III S. 92 fg. sieht hierin stets ein Zusammentreffen von error juris und facti.

9) Schon Leyser Med. ad Pand. vol. X spec. 645 med. 17 erklärt nicht mit Unrecht den Ausdruck facti interpretatio in der l. 2 D. h. t. von einer juris ad factum implicatio; vgl. Glück XXII S. 283 Note 98.

10) Vgl. Savigny Nr. III, IV; Vangerow I §. 83 Nr. III; IV; Puchta Vorles. I S. 130—132.

nicht zugemuthet werden kann, alle Thatsachen genau zu kennen und hierbei trotz aller sorgfältigen Erkundigung doch leicht ein Irrthum unterlaufen kann[11].

Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen, das heißt es gibt Fälle, in denen der Rechtsirrthum entschuldbar, der factische Irrthum unentschuldbar ist.

Der Rechtsirrthum ist ausnahmsweise entschuldbar, wenn es dem Irrenden an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gefehlt hat (si juris consulti copiam non haberet cf. l. 9 §. 3 D. de jur. et fact. ignor. 22, 6); dieß wird jedoch nicht leicht der Fall sein und sich höchstens dann ereignen können, wenn es sich um fremdes Recht handelt[12]. Der Rechtsirrthum ist ferner entschuldbar, wenn der Rechtssatz selbst controvers ist[13]: es ist jemanden nicht der Vorwurf grober Nachlässigkeit zu machen, wenn er über eine Rechtsregel irrt, über deren Sinn die Juristen selbst (diversae scholae autores) verschiedener Ansicht sind[14]. — Daß es nach österreichischem Recht in Rücksicht des Rechtsirrthums privilegirte Personen nicht gebe, ist bereits früher bemerkt worden (Bd. I §. 19).

Der factische Irrthum ist ausnahmsweise unentschuldbar, wenn er auf einer groben Nachlässigkeit beruht[15]; dieß wird gewöhnlich

---

11) l. 2 D. h. t. In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. l. 9 pr. eod. Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. l. 2 C. h. t. (1, 18) Cum ignorantia juris facile excusari non possit. Im §. 1431 a. b. G. B. wird daher auch der Rechtsirrthum, als der regelmäßige Fall des unentschuldbaren Irrthums, hervorgehoben.

12) l. 9 §. 3 D. h. t. Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si juris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia; quod raro accipiendum est. (Über den Sinn der Schlußworte dieser Stelle vgl. Savigny Nr. III Note k; Puchta Vorl. I S. 131 Note 5).

13) Savigny Nr. IV.

14) Insbesondere wird sich die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrthums ex postfacto herausstellen, wenn über ein Gesetz eine authentische Erklärung erschienen ist, indem hierin die Anerkennung liegt, daß verschiedene Ansichten über dasselbe im Gang waren (vgl. Bd I §. 14 a. E.).

15) l. 9 §. 2 D. h. t. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui

dann der Fall sein, wenn der Irrthum den eigenen Rechtszustand oder die eigene Handlung (error facti proprii) betrifft[16], während der Irrthum über einen fremden Rechtszustand[17] und über fremde Handlungen (error facti alieni) regelmäßig ein entschuldbarer ist[18].

Diese Grundsätze von der regelmäßigen Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums machen sich auch der Beweislast geltend[19].

III. Es fragt sich nunmehr, welchen Einfluß der Irrthum auf die rechtlichen Folgen der aus Irrthum unternommenen Handlung hat. Wenn jemand aus factischem oder Rechtsirrthum eine Handlung unternommen hat, bringt diese Handlung alle rechtlichen Folgen und Wirkungen hervor, welche die fragliche Handlung regelmäßig nach sich zieht, oder werden diese Folgen durch den Einfluß des obwaltenden Irrthums aufgehoben oder modificirt? In dieser Beziehung nun

---

eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. l. 3 §. 1 l. 6 D. h. t. l. 15 §. 1 D. de C. E. (18, 1).

16) l. 3 pr. D. h. t. Plurimum interest utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignorat. l. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). Doch kann unter Umständen auch ein solcher Irrthum entschuldbar sein l. 1 §. 2 D. h. t. l. 22 pr. l. 32 §. 1 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6); vgl. Savigny S. 333. 334.

17) l. 3 pr. D. de Sc. Maced. (14, 6); hiermit steht nicht im Widerspruch l. 19 pr. D. de R. J. Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus.

18) l. 5 §. 1 cit. — in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. l. 42 D. de R. J.

19) Nach den Grundsätzen von der Beweislast (worüber unten) hat nicht derjenige, der sich auf die Regel beruft, das Nichtvorhandensein einer Ausnahme, sondern vielmehr derjenige, der sich auf die Ausnahme beruft, das Vorhandensein derselben darzuthun. Wenn sich daher jemand auf den Rechtsirrthum beruft und die Entschuldbarkeit desselben behauptet, so muß er dieß beweisen, weil der Rechtsirrthum regelmäßig unentschuldbar ist, während umgekehrt der Beweis der Unentschuldbarkeit des factischen Irrthums demjenigen obliegt, der dem Irrenden die culpa lata vorwirft (Savigny S. 335). Diese Regel erweist sich im gemeinen Recht insbesondere in einem Fall als praktisch wichtig, in welchem sie im heutigen österr. Recht bedeutungslos ist, nemlich im Fall der condictio indebiti (Erxleben Die condictiones sine causa I S. 75 fg.), deren Zuläßigkeit gemeinrechtlich von der Entschuldbarkeit des Irrthums abhängt (Savigny Nr. XXXV—XXXIX, Erxleben §. 6, Vangerow III §. 625 Anm. 1 Nr. II) während nach österr. Recht dieses Rechtsmittel auch im Fall eines unentschuldbaren Irrthums zusteht (§. 1431 a. b. G. B.).

gilt der Grundsatz, daß Irrthum und Unwissenheit in der Regel nicht berücksichtigt werden. Die aus Irrthum unternommene Handlung, der Irrthum mag ein factischer oder ein Rechtsirrthum, ein unentschuldbarer oder ein entschuldbarer sein, bringt regelmäßig ganz dieselben rechtlichen Folgen und Wirkungen hervor, wie wenn der Handelnde nicht geirrt hätte (vgl. §. 2 a. b. G. B. und Bd I §. 19)[20].

Dieser wichtige Grundsatz kommt insbesondere in folgenden Fällen zur Anwendung[21]:

1) Wenn gegen die Vorschrift eines absoluten Gesetzes gehandelt wird, so treten die gesetzlichen Folgen ungeachtet eines zu Grunde liegenden Irrthums ein. Wenn daher z. B. jemand eine Ehe schließt, welche vom Gesetz verboten ist, so ist die Ehe nichtig, mag sich jene Person in einem noch so entschuldbaren Irrthum befunden haben[22]; wenn jemand ein Testament nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet hat, so ist es nichtig, mag der Testator die Formvorschriften nicht gekannt haben, oder mag er irrthümlich geglaubt haben, daß er sie gehörig beobachtet habe[23].

2) Wenn eine obligatio naturalis erfüllt worden ist, so kann das Gezahlte nicht zurückgefordert werden, der Zahlende mag sich in einem noch so entschuldbaren Irrthum befunden haben[24].

3) Wenn an den Ablauf einer bestimmten Zeit ein Rechtsverlust geknüpft ist, so tritt dieser in der Regel mit dem Ablauf derselben ein,

---

20) Wenn z. B. jemand eine Erbschaft sine beneficio antritt, weil er sie irrthümlich für solvent hält, oder weil er von dieser Rechtswohlthat überhaupt nichts weiß, oder weil er in Unkenntniß des §. 803 a. b. G. B. sich an das Verbot des Erblassers cum beneficio anzutreten gebunden glaubt, so treten dennoch alle Folgen der s. g. unbedingten Erbsantretung ein.

21) Vgl. Vangerow §. 83 Anm. Nr. I.

22) cf. l. 1 C. de interd. matr. (5, 6).

23) cf. l. 4 D. qui testam. fac. (28, 1) §. 601 a. b. G. B. Ein auch noch so entschuldbarer Irrthum über die Qualität eines Testamentszeugen macht den unfähigen nicht zum fähigen (§. 7 I. de test. ord. 2, 10 l. 1 C. de test. 6, 23 machen eine Ausnahme, deren „analoge Anwendung" aber in der That „bedenklich" ist, Arndts §. 486 Anm. 6).

24) l. 64 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 10 D. de O. et A. (44, 7). Hieraus erklärt sich die Bestimmung des §. 1432 a. b. G. B. aus der umgekehrt wieder hervorgeht, daß in allen daselbst angegebenen Fällen eine obligatio naturalis vorhanden ist, deren sicherstes Kriterium eben darin besteht, daß eine repetitio soluti nicht stattfindet.

ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Person in Kenntniß des ihr bevorstehenden Rechtsverlusts war oder nicht. Daher kommt es insbesondere bei der Klagverjährung in der Regel nicht weiter darauf an, ob der Berechtigte vom Beginn ihres Laufs unterrichtet war oder nicht[25].

4) Wie die Nachtheile, so treten aber auch die Vortheile der Handlung ein, welche jemand aus Unwissenheit oder Irrthum unternommen hat. Wenn sich daher jemand seine Lage minder vortheilhaft vorstellt, als sie es in der That ist, so schadet ihm diese Vorstellung nicht, und es kommen ihm alle Vortheile seiner wirklich günstigeren Lage zu: plus est in re, quam in existimatione[26].

5) Ein wichtiger Fall, in welchem der angeführte Grundsatz zur Anwendung kommt, ist die Unternehmung eines Rechtsgeschäfts aus einem irrigen Beweggrund. Von diesem Fall wird später (§. 81) besonders gehandelt werden.

IV. Von der angegebenen Regel gibt es jedoch erhebliche Ausnahmen. Der Irrthum modificirt nemlich in gewissen Fällen die regelmäßigen Wirkungen der Handlungen und übt auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einen wichtigen Einfluß aus[27], indem bald eine an sich ungültige Handlung wegen des Irrthums des Handelnden in allen oder doch in gewissen Beziehungen als gültig[28] und um-

---

25) l. 12 i. f. C. de praescr. long. temp. (7, 33) l. 3 i. f. C. de praescr. XXX annor. (7, 39) §. 1478 a. b. G. B., Pratobevera Mater. VI S. 155 fg.

26) Wenn z. B. jemand eine Sache von einer Person kauft, welche er nicht für den Eigenthümer hält oder von der er es doch bezweifelt, daß sie Eigenthümer sei, so erwirbt er dennoch das Eigenthum l. 9 §. 4 D. h. t.; wenn jemand darüber zweifelt, ob er berechtigt sei, ein Testament zu machen (z. B. ein zum einfachen Kerker Verurtheilter §. 574 a. b. G. B.), so gilt das errichtete Testament dennoch, wenn der Testator in der That die active Testimentifactio hat (dasselbe galt schon nach röm. Recht bei Militärtestamenten l. 11 §. 1. 2 D. de testam. mil. 29, 1 l. 9 D. de jur. codic. 29, 7, vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glück XLII S. 39 fg.; anders stand es hierin bei testamentis paganorum l. 14 l. 15 D. qui testam. fac. 28, 1); wenn der Erbe etwa auf Anordnung des Erblassers die Erbschaft cum beneficio antritt, so kommen ihm alle Vortheile dieser Rechtswohlthat zu Gute, sollte er auch gar nicht gewußt haben, worin sie bestehen u. s. f.

27) Savigny Nr. II.

28) So z. B. wird eine ungültige Ehe im Fall schuldloser Unwissenheit in gewissen Beziehungen (z. B. in Ansehung der Ehelichkeit der Kinder §. 160 a. b. G. B.) als gültig behandelt (matrimonium putativum); so ist nach

gekehrt eine an sich gültige Handlung aus diesem Grunde als ungültig behandelt wird[29], bald dem Irrenden Rechtsmittel gegeben sind, wodurch er sich gegen die nachtheiligen Folgen seines Irrthums schützen kann[30], bald der Eintritt einer sonst stattfindenden rechtlichen Folge geradezu und unmittelbar durch den Irrthum ausgeschlossen wird[31]. Diese Ausnahmen werden im System bei den betreffenden Materien dargestellt werden: eine vollständige Aufzählung derselben an diesem Ort wäre ebenso ungerechtfertigt, als etwa eine Darstellung des Einflusses, welchen der Irrthum überhaupt auf dem ganzen Rechtsgebiete übt[32]. Nur soviel soll hier noch bemerkt werden, daß in manchen jener Ausnahmsfälle der Irrthum nur dann berücksichtigt wird, wenn er ein entschuldbarer ist.

---

röm. Recht das Darlehen an einen filius familias gültig (unanfechtbar durch exceptio Sc. Maced.) wenn der Gläubiger in entschuldbarem Irrthum über die Qualität des Haussohns war (l. 3 pr. D. de Sc. Mac. 14, 6); so erwirbt der Indossatar die Wechselforderung, wenn er aus entschuldbarem Irrthum den Indossanten für berechtigt hielt (Art. 74 W. O.) u. s. f.; vgl. über solche Fälle Savigny Nr. XIII.

29) Dieß findet in jenen Fällen statt, wo ausnahmsweise der Irrthum im Beweggrund berücksichtigt wird, vgl. unten §. 81.

30) So z. B. die condictio indebiti, wenn jemand eine Nichtschuld irrthümlich bezahlt hat (l. 14 §. 1 D. de cond. ind. 12, 6 t. t.); die ädilitischen Klagen, wenn jemand aus entschuldbarem Irrthum (l. 14 §. 10 D. de aedil. edict. 21. 1 §. 928 a. b. G. B.) eine mit physischen Mängeln behaftete Sache, die Klage auf Evictionsleistung, wenn jemand nichtwissend eine fremde Sache entgeltlich erwirbt (l. 27 C. de evict. 8, 45 l. 7 C. commun. utr. jud. 3, 38 §. 929 a. b. G. B.); die Klage auf Rescission des Geschäfts wegen laesio ultra dimidium (§§. 934. 935 a. b. G. B.).

31) So in jenen Fällen, wo das Gesetz die Kenntniß eines Umstands, überhaupt das richtige Bewußtsein als die Voraussetzung des Eintritts einer Rechtsfolge aufstellt; so z. B. beginnt der Lauf der Verjährung in manchen Fällen kraft gesetzlicher Vorschrift (vgl. z. B. §§. 156. 158. 1489 a. b. G. B.) erst von dem Moment der Bekanntschaft des Berechtigten mit dem Klagrecht; vgl. Savigny S. 329.

32) Savigny III S. 112 sagt sehr richtig, daß „der Irrthum als ein wichtiges Moment in so mancherlei juristischen Beziehungen vorkomme, daß es unmöglich sei, dieselben an einer einzelnen Stelle des Rechtssystems zu erschöpfen" und gibt daher „eine zusammenhängende Darstellung des Irrthums in seinen verschiedenen Beziehungen auf Rechtsverhältnisse in einer abgesonderten Abhandlung" (Beil. VIII). In dieser Beziehung verstoßen m. E. manche moderne Lehrbücher des Pandektenrechts, indem sie in der Lehre von den Handlungen unter der Überschrift Irrthum den Einfluß darstellen, welchen der Irrthum auf dem gesammten Rechtsgebiet übt.

Siebenzehntes Capitel.

Insbesondere von den Rechtsgeschäften.

I. Begriff und Hauptgattungen der Rechtsgeschäfte.

§. 78. I. Rechtsgeschäfte (negotia, negotia juris) sind Handlungen (Willenserklärungen [1]), welche die Entstehung Modificirung oder Erlöschung von Rechtsverhältnissen unmittelbar bezwecken und wesentlich bedingen [1a]. Zum Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts genügt es somit nicht, daß der Wille des Handelnden auf die Rechtsveränderung gerichtet ist [2], sondern diese Mitwirkung des Willens muß zum Eintritt der Rechtsveränderung wesentlich sein, so daß die Hervorbringung der juristischen Wirkung durch den darauf gerichteten Willen ursachlich bedingt ist [3]. Wenn daher eine juristische Wirkung unabhängig vom Willen einer Person eintritt, so ist selbst in dem Fall kein Rechtsgeschäft vorhanden, wenn der Wille der Person auf jene Wirkung gerichtet gewesen sein sollte, weil hier eben die Mitwirkung ihres Willens ganz indifferent ist [4].

---

1) Mit Unrecht identificirt Savigny III S. 6. 98 fg. Rechtsgeschäfte und Willenserklärung; jede Handlung, auch die unerlaubte, ist eine Willenserklärung (Willensäußerung vgl. oben §. 75) so wie umgekehrt jede Willenserklärung eine Handlung ist; vgl. auch Sintenis I §. 19 Note 1, der aber selbst schwankend ist und dadurch in manchen Irrthum verfällt (vgl. unten Note 7).

1a) Über den Begriff eines Rechtsgeschäfts vgl. Buchholtz Jurist. Abhandl. (1833) Nr. IX „Über den Begriff eines rechtlichen Geschäftes (und eines Vermächtnisses insbesondere)" S. 160—164.

2) Ob der Wille nebstbei auch auf andere nichtjuristische Zwecke gerichtet war, ist ebenso gleichgültig, als ob der juristische oder der nichtjuristische Zweck in den Augen des Handelnden der principale war: genug daß der Wille auf Hervorbringung der juristischen Wirkung gerichtet war. Ich kann daher die Ausführung Savigny's III S. 6 lit. b und Note g nicht für richtig halten.

3) Dieses Moment wird mit Unrecht häufig (so z. B. auch von Savigny III S. 5. 6) außer Acht gelassen; vgl. hierüber insbes. Wächter §. 83.

4) Wenn jemand z. B. durch eine widerrechtliche Handlung einen Schaden verursacht, so wird er zwar durch seine Handlung (ex delicto) nicht aber aus einem Rechtsgeschäft obligirt, weil sein etwa vorhandener Wille eine Obligatio zu begründen ganz indifferent ist: er wird obligirt, nicht weil er dieß wollte, sondern weil er ein Delict begangen hat. Ebenso tritt die Verjährung ein unabhängig von dem etwa vorhandenen Willen des Verlierenden: dieser verliert sein Recht, nicht weil sein Wille auf den Verlust gerichtet war, sondern weil die Voraussetzungen der Verjährung eingetroffen sind. In den meisten Fällen dieser Art wird es übrigens schon an der auf die Hervorbringung jener Wirkung ge-

II. Die Hauptgattungen der Rechtsgeschäfte sind[5]:

1) Einseitige und mehrseitige. Einseitige Rechtsgeschäfte (negotia unilateralia) sind solche, deren Existenz und Inhalt[6] nur Ausfluß eines Willens ist; zwei- oder mehrseitige (negotia bilateralia) solche, zu deren Entstehung die Übereinstimmung zweier oder mehrerer Willen erforderlich ist. Einseitige Rechtsgeschäfte sind z. B. Testament, Codicill, Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, Occupation und Dereliction[7], Geschäftsführung ohne Auftrag[8]; zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte sind die Verträge und zwar ist der Vertrag der einzige erschöpfende Fall dieser Gattung von Rechtsgeschäften. Denn Vertrag (conventio, pactio) ist eben die gegenseitig erklärte Einigung des Willens mehrerer Parteien[9] in Bezug auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch gegründet, modificirt oder aufgehoben werden sollen[10]. Vom Vertrag als einem

---

richteten Absicht fehlen und daher schon aus diesem Grund kein Rechtsgeschäft vorhanden sein.

5) Die Eintheilung der Rechtsgeschäfte in negotia juris civilis und juris gentium, in negotia stricti juris und bonae fidei ist nicht von unmittelbarem Interesse für unser heutiges österr. Recht.

6) Zur Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts kann aber immerhin unter Umständen noch der Wille einer andern Person erforderlich sein (vgl. Böcking §. 103 Note 12), so z. B. hängt die rechtliche Existenz des Testaments zwar nur von der gehörigen einseitigen Willenserklärung des Testators ab, damit es aber in Wirksamkeit trete, muß die eingesetzte Person die Erbschaft antreten.

7) Im Fall der Occupation ist der Erwerb, im Fall der Dereliction der Verlust des Eigenthumsrechts durch den darauf gerichteten Willen des Handelnden bedingt (cf. §. 47 I. de R. D. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit etc.). Mit Unrecht meint Sintenis a. a. O. (vgl. auch daselbst S. 226) daß Dereliction und Occupation keine Rechtsgeschäfte seien; vgl. dagegen auch Wächter §. 83 Note 2.

8) Nach gemeinem Recht gehört auch die Pollicitation hierher, l. 3 pr. D. de pollic. (50, 12) Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.

9) l. 1 §. 2 D. de pact. (2, 14) Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. §. 3 eod. l. 3 pr. cit. vgl. Böcking §. 106 Note 2.

10) Zu eng ist es, wenn Savigny III S. 309 (und ebenso Böcking §. 106 §. b und Koch Preuß. Privatr. II §. 546) den Vertrag als die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung definirt, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden, da es gültige Verträge gibt, durch welche die Rechtsverhältnisse Anderer als der Contrahenten bestimmt werden (vgl. Wächter §. 84 Note 4 und auch Schilling Instit. III §. 249 Note g); der Einwendung Savigny's (S. 309) und Koch's (a. a. O. Note 6), daß bei der im Text gegebenen Definition auch das Urtheil eines Gerichtshofs unter den Begriff Vertrag fiele, ist

Rechtsgeschäft von genereller Bedeutung wird später (§. 93) insbesondere die Rede sein.

2) Entgeltliche und unentgeltliche. Die entgeltlichen Rechtsgeschäfte (lästige, beschwerende, negotia onerosa) sind Rechtsgeschäfte auf Leistung und Gegenleistung; die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte (lucrative, negotia gratuita, lucrativa) solche, durch welche man einen Vortheil erhält, ohne eine den Ersatz des Empfangenen vertretende Gegenleistung (Äquivalent) dafür machen zu müssen [11].

3) Rechtsgeschäfte von Todeswegen und unter Lebenden. Rechtsgeschäfte von Todeswegen (negotia mortis causa, letztwillige Verfügungen im weitern Sinn [12]) sind solche, wodurch jemand auf den Fall seines Todes über seine Angelegenheiten insbesondere über sein Vermögen Verfügungen trifft, deren Gültigkeit und Wirksamkeit von seinem Tode abhängig gemacht ist. Alle übrigen Rechtsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte unter Lebenden (negotia inter vivos [13]). Das Rechtsgeschäft von Todeswegen kann ein einseitiges (z. B. Testament, Codicill) oder zweiseitiges (Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall) sein; es kann widerruflich oder unwiderruflich sein.

II. Bestandtheile und Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

§. 79. I. Man unterscheidet die Bestandtheile eines Rechtsgeschäfts in wesentliche und außerwesentliche. Die wesentlichen (nothwendigen) Bestandtheile eines Rechtsgeschäfts (essentialia, substantialia negotii [1]) sind jene, welche kraft absoluter Rechtsvorschrift vorhanden sein müssen, damit ein Rechtsgeschäft be-

---

dadurch vorgebeugt, daß der Ausdruck „Vereinigung mehrerer Parteien" gewählt wurde.

11) l. 4 §. 20 D. de dol. mal. except. (44, 4) — aliud est emere aliud ex his causis (lucrativis) succedere.

12) Letzte Willenserklärungen im engern Sinn sind nur die widerruflichen, da sie durch Unterlassung des Widerrufs in der That zum letzten Willen werden; in diesem engern Sinn nimmt auch §. 552 a. b. G. B. die Erklärung des letzten Willens, während dieses Wort z. B. im §. 1487 im weitern Sinn vorkommt.

13) Passend ist diese herkömmliche Benennung freilich nicht, da auch der Erbvertrag und die Schenkung auf den Todesfall inter vivos geschlossen werden.

1) Über die Bedeutung der Ausdrücke substantia und natura negotii in den Quellen vgl. Böcking I §. 103 Note 3 und Schilling II §. 71 Note a und e.

stimmter Art[2] existire[3]. Die außerwesentlichen Bestandtheile sind 1) natürliche (regelmäßige, gewöhnliche, naturalia negotii), welche kraft dispositiver Rechtsvorschrift vorhanden sind und daher einerseits keiner besondern Festsetzung bedürfen[4], andererseits durch Privatwillkür abgeändert werden können[5]; 2) zufällige (gewillkürte, accidentalia negotii[6]), welche nicht schon von selbst vorhanden sind, sondern nur kraft besonderer Festsetzung der Parteien eintreten.

II. Zum Dasein eines gültigen Rechtsgeschäfts ist im Allgemeinen erforderlich: 1) Fähigkeit (Rechts- und Handlungsfähigkeit) der handelnden Personen; 2) rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhalts des Willens; 3) gehörige Erklärung des Willens der handelnden Personen. Von dem ersten dieser allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte ist bereits früher in einem anderen Zusammenhang gehandelt worden (Bd I §. 29 fg. Bd. II §. 76). Was das zweite Erforderniß betrifft, so läßt sich im Allgemeinen nur so viel sagen, daß der Inhalt eines Rechtsgeschäfts weder in einer physischen oder juristischen Unmöglichkeit, noch in etwas Unsittlichem bestehen

---

2) So z. B. gibt es kein Kaufgeschäft ohne Kaufpreis §. 1053 fg. (§. 1 I. de emt. et vend. 3, 23 — nulla emtio sine pretio esse potest l. 72 pr. D. de C. E. — emtionis substantia consistit ex pretio), kein Depositum ohne Verpflichtung die individuelle Sache zu restituiren (l. 24 D. depos. 16, 3), kein Testament ohne Erbeinsetzung (§. 34 I. de leg. 2, 20) u. s. f. Wenn manche Schriftsteller (z. B. Schilling §. 71, Wächter §. 85) die wesentlichen Bestandtheile in allgemeine (d. i. bei allen Rechtsgeschäften nothwendigerweise vorkommende) und besondere (d. i. Rechtsgeschäften bestimmter Art wesentliche) unterscheiden, so ist dieß unrichtig, und beruht auf einer Verwechslung der Erfordernisse der Rechtsgeschäfte mit den den Inhalt derselben ausmachenden Bestandtheilen: es gibt allgemeine Erfordernisse der Rechtsgeschäfte, nicht aber allgemeine Bestandtheile derselben.

3) An den wesentlichen Bestandtheilen eines Rechtsgeschäfts kann daher durch Privatwillkür ohne Zerstörung desselben nichts geändert werden; vgl. z. B. l. 36 D. de C. E. Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus non videtur vendere. l. 20 §. 1 D. loc. (19, 2).

4) l. 11 §. 1 D. de A. E. V. — quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati.

5) Vgl. z. B. l. 1 pr. l. 10 pr. D. de peric. (18, 6) §§. 904. 905 a. b. G. B. Die naturalia negotii brauchen daher von der sich darauf berufenden Partei nicht bewiesen zu werden, vielmehr ist es Sache jener Partei, welche Abweichungen hiervon, somit das Vorhandensein von accidentalia negotii behauptet, diese zu beweisen.

6) In den Quellen finden sich dafür die Ausdrücke adminicula, adjectio, lex contractus, clausula vgl. Schilling §. 71 Note h.

darf (vgl. Bd I S. 490). Es erübrigt somit nur das dritte Erforderniß: dieses wird sofort in einem größern Zusammenhang dargestellt werden.

III. Die Willenserklärung bei den Rechtsgeschäften.

A. Der Wille.

1) Willensbestimmung.

a) Zwang.

§. 80. I. Wenn auf den Willen des Handelnden Zwang ausgeübt wird (s. g. psychologischer Zwang, compulsive Gewalt, vis compulsiva), so fragt es sich, welchen Einfluß diese Drohung (die necessitas imposita contraria voluntati l. 1 D. quod met. caus. 4, 2) auf das Dasein des Willens habe. Ist der erzwungene Wille (coacta voluntas) ein wirklich daseiender Wille oder nur der Schein desselben? und was damit auf das engste zusammenhängt, ist das erzwungene Rechtsgeschäft ein gültiges oder ein nichtiges?

Unter der angegebenen Voraussetzung wird jemand durch Furcht vor einem ihm angedrohten oder bereits im Vollzug begriffenen Übel (metus[1]) bewogen, einen Entschluß zu fassen und auszuführen; die Furcht bestimmt den Willen einen Entschluß zu fassen, den er frei von dieser Einwirkung nicht gefaßt haben würde[2]. Dennoch ist dieser Entschluß durch den Willen des Gezwungenen hervorgerufen, da dieser die Wahl zwischen den drei möglichen Entschlüssen hat, das gedrohte Übel durch Widerstand abzuwenden, dasselbe zu erdulden, oder die Handlung zu setzen, zu welcher ihn der Drohende bestimmen

1) Cicero Tusc. IV 7 §. 14 Metus opinio inpendentis mali, quod intolerabile esse videatur. l. 1 D. quod met. c. (4, 2).

2) Die Furcht, nicht der Zwang, ist das Motiv des Handelns (metus causa gestum); insofern bemerkt Savigny (III S. 101) mit Recht, daß es richtiger wäre hier von Furcht und nicht von Zwang zu reden, wie es auch später bei den Römern geschah (l. 1 D. h. t.). Allein da dem Gezwungenen nicht deßhalb geholfen wird, weil er aus Furcht gehandelt hat, sondern deßhalb weil ihm widerrechtlich Furcht eingejagt wurde, so läßt sich der allgemeine Sprachgebrauch, der statt der Wirkung die Ursache hervorhebt, wohl rechtfertigen. Das bürgerl. Gesetzb. gebraucht gewöhnlich den Ausdruck Furcht (§§. 55. 870. 874. 1487), im §. 565 aber sowie im Register findet sich der Ausdruck Zwang. Beide Ausdrücke werden also abwechselnd gebraucht. (Eine sonderbare Unterscheidung macht Dolliner Eher. I S. 105 zwischen Furcht und Zwang, dem Stubenrauch I S. 247 Ziffer 6 gefolgt zu sein scheint.)

will. Wählt er das letztere, so ist zwar die Furcht das Motiv seines Willens, aber dieser Wille existirt doch jedenfalls, er ist ein daseiender wirklicher, wenn auch erzwungener Wille[3]: die aus Furcht unternommene Handlung existirt als eine durch und mit dem Willen des Handelnden gesetzte, sie ist eine Äußerung seines Willens, somit nicht nichtig. Obgleich nun der psychologische Zwang zu einer Handlung die Freiheit des Handelnden nicht aufhebt, so übt er dennoch auf unerlaubte Weise einen Einfluß auf die Willensrichtung: in der Ausübung des Zwangs liegt ein unzulässiger Eingriff in die ethische Sphäre der unabhängigen Selbstbestimmung[4]. Es ist daher eine Forderung der sich im Recht verwirklichenden Sittlichkeit[5], daß demjenigen, welcher durch Zwang zu einer ihm rechtlich nachtheiligen Handlung bestimmt wurde, durch angemessene Rechtsmittel[6] Abhilfe gewährt werde und daß überhaupt die erzwungene zwar durch den wirklichen aber gegen den eigentlichen Willen des Handelnden gesetzte Handlung nicht unumstößliche Geltung habe.

Diese Auffassung, welche eben so sehr der Natur der Sache angemessen als den Bestimmungen des römischen Rechts entsprechend und heut zu Tage die allgemein herrschende ist[7], ist nicht die der älteren Schule. Die ältere Doctrin ging vielmehr von dem Grundsatz des damaligen Naturrechts aus, daß das erzwungene Rechtsgeschäft null und nichtig sei, und glaubte in manchen (mißverstandenen Äuße-

3) l. 21 §. 5 D. h. t. Si metu coactus adii hereditatem puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui (cf. l. 85 D. de A. vel O. H. 29, 2) l. 22 D. de R. N. (23, 2) Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.

4) Vgl. Savigny III S. 104.

5) l. 116 pr. D. de R. J. Nihil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus quem comprobare contra bonos mores est. l. 3 §. 1 D. h. t. Seneca de controvers. IV 26 (vgl. über diese Stellen Burchardi Wiedereins. S. 353. 354).

6) Die Rechtsmittel, welche das römische Recht gewährt, sind bekanntlich Contractsklage, actio quod metus causa, exceptio metus, in integrum restitutio propter metum; das Geschichtliche über diese Rechtsmittel s. bei Burchardi Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831) §. 18.

7) Diese Lehre wurde insbesondere von Savigny III §. 114 auf ihre einfachen Principien zurückgeführt, dem seither alle neueren Schriftsteller gefolgt sind (der Widerspruch, den Kritz Rechtsfälle V S. 39 fg. gegen Savigny erhoben hat, ist eben so erfolglos geblieben, als er unbegründet und zum Theil ganz unbegreiflich ist).

rungen des römischen Rechts[8] eine directe Bestätigung für diese Behauptung finden zu können; im übrigen suchte sie mit den Aussprüchen des römischen Rechts fertig zu werden, so gut als es eben gehen konnte. So suchte man früher zwischen den bonae fidei und den stricti juris negotiis zu unterscheiden und nahm bei ersteren im Falle des Zwanges Nullität, bei letzteren dagegen bloße Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes an[9]. Die Schriftsteller, welche dieser Ansicht huldigten, wichen zwar unter sich wieder in manchen Beziehungen ab[10]; sie kamen aber übereinstimmend zu dem Resultat, daß, da für das moderne Rechtsleben der Unterschied zwischen bonae fidei und stricti juris negotiis hinweggefallen sei[11], jedes erzwungene Geschäft an sich null und nichtig sein müsse. Es gab zwar immer tüchtige Civilisten[12], welche für die Frage des Zwanges jene Unterscheidung zwischen bonae fidei und stricti juris negotiis verwarfen, und die durchgrei-

---

8) Es sind dieß solche Stellen, in denen selbst die Anhänger der richtigen Theorie (so von neueren Schriftstellern noch Schilling II §. 77 Note i, Mühlenbruch II §. 336) Ausnahmen sehen wollten, wonach kraft singulärer Bestimmung die Furcht das Geschäft nichtig mache, wie l. 21 §. 3 D. h. t. l. 22 eod. l. 3 §. 8 D. pro soc. (17, 2) l. 16 §. 1 de min. (4, 4) l. 1 §. 1 D. de auct. (26, 8) l. 9 pr. D. qui et a quib. man. (40, 9) über welche Stellen Savigny §. 114 Note d, Puchta Vorl. I S. 126. 127, Vangerow III S. 301. 302 zu vergleichen sind.

9) So z. B. Noodt De forma emendandi doli mali in negotiis contrahendis admissi (Opp. omn. Lugd. 1735 p. 353 sq.) cap. 16, Wehrn Doctr. juris explicatr. principior. et causar. damni cap. II §. 5 p. 41 sq. Walch Diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex jure rom. partim ipso jure nullis, partim a praetore rescindendis (1790) sect. I §. 3 sq. Glück IV §. 300 (der davon ausgeht daß die „bloßen Verträge" schon nach röm. Recht im Fall des Zwanges nichtig gewesen wären und dazu die dotis promissio rechnet l. 21 §. 3 h. t., die doch ein Versprechen in Stipulationsform war), und die bei ihm Note 60 zahlreich angef. Schriftsteller; ja selbst Thibaut blieb noch in der 8. Aufl. seines Systems (1834) §. 455 dieser Ansicht. Über diese Ansicht vgl. auch Burchardi S. 351 fg.

10) So pflegen Manche (z. B. Thibaut §. 455 lit. a) bei den b. f. negotiis wieder zwischen constituirenden und dissolvirenden Geschäften zu unterscheiden und wegen der freilich gar zu bestimmt lautenden l. 21 §. 4 D. h. t. bei den letzteren bloß Anfechtbarkeit anzunehmen.

11) Thibaut a. a. O., Glück S. 178; vgl. Burchardi S. 356.

12) So Donellus Comment. de jure civili (ed. Bucher) vol. IX lib. XV cap. 39 de metu illato §. 10 sq., Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. IV. tit. II §. 22 sq. Voët. Comment. h. t. §. 2. Vinnius Selectae quaest. c. 12. Auch der Wiener Heineccius II S. 84 fg. verwarf jene Unterscheidung; Höpfner Instit. §. 1005 stellt die Frage als bestritten hin, ohne sie zu lösen.

fende Regel aufstellten, daß erzwungene Rechtsgeschäfte an sich vollkommen zu Recht bestünden und nur dem Gezwungenen gegen die nachtheiligen Folgen desselben geholfen werden müsse. Allein, was hier wohl zu beachten ist, viele dieser Schriftsteller huldigten dennoch dem entgegengesetzten Princip des Naturrechts, sie verwarfen jene Unterscheidung nur für den vorliegenden Inhalt der römischen Quellen, meinten aber, das römische Recht stehe hier nicht im Einklang mit den Principien des ewige Geltung habenden Naturrechts[13]. Es war daher nicht wohl anders möglich, als daß in einem Gesetzbuch, dessen Verfasser in der Schule des Naturrechts gebildet waren, die vermeintlich allein wahren Grundsätze desselben zur Geltung gebracht wurden.

Nach den Grundsätzen des österreichischen Rechts schließt nun zwar der Zwang das Dasein des Willens nicht aus[14]: auch nach öster-

---

13) So sagt der Wiener Heineccius II S. 83 „Wenn mich jemand durch Furcht und Zwang zu einem Contract bewegt, so ist nach dem Naturrecht der Contract ungültig. Nach dem röm. Recht aber u. s. w.“; vgl. auch Höpfner §. 1005 Nr. 4, der uns versichert, es sei gewiß daß der Prätor das Naturrecht befolgt habe.

14) Das österr. Gesetzb. befindet sich auch in diesem Punkt in Übereinstimmung mit dem zur Zeit der Abfassung desselben herrschenden Naturrecht; vgl. Höpfner Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker (6. Aufl. 1795) §. 78, Zeiller Natürl. Privatr. §. 107, Gros Lehrb. der philos. Rechswiss. (1. Aufl. 1802) §. 189 (der 6. Aufl. 1841). Diese Naturrechtslehrer gingen unter Berufung auf l. 21 §. 5 h. t. davon aus, daß der erzwungene Wille ein wirklicher Wille sei, indem der Gezwungene zwischen zwei Übeln wähle, wo aber Wahl sei, da sei „eine Handlung der Willkür“ vorhanden; sie meinen aber, der widerrechtlich zwingende Promissar „habe kein Recht das Versprechen zu acceptiren,“ aus diesem Grund sei der erzwungene Vertrag ipso jure ungültig. Auf diese höchst sonderbare Weise wurde also der Grund der Nichtigkeit eines erzwungenen Vertrags (und nur beim Vertrag handelte jene Schule vom Zwang) auf die Seite des Promissars verlegt: der Vertrag ist ungültig, nicht weil der gezwungene Promittent nicht will (coacta voluntas etiam voluntas), sondern weil der Promissar das abgezwungene Versprechen nicht annehmen darf, er ist nichtig nicht wegen Mangels der Einwilligung des Gezwungenen, sondern wegen Mangels der rechtsbeständigen Acception des Versprechens! Dem zwingenden Promissar geschehe kein Unrecht, wenn der Gezwungene den Vertrag als nichtig behandle, da er ja wissen müsse, daß die Einwilligung des Gezwungenen zwar dessen wirkliche, aber doch nicht dessen wahre eigentliche, also doch nur scheinbare Einwilligung sei (vgl. Zeiller Natürl. Privatr. §. 107 Comment. III S. 31. 40; daraus erklären sich die Werte „wegen Mangels der Einwilligung“ in §. 877 und in der Marginalrubrik zu §. 55 a. b. G. B., woraus also nicht etwa gefolgert werden darf, daß nach österr. Recht die coacta voluntas nulla voluntas sei). Von diesem Standpunkt aus erklärt sich auch der

reichischem Recht ist der erzwungene Wille ein wirklicher Wille[15]. Allein in jenen Fällen, in denen das Gesetzbuch dem Zwang einen Einfluß auf die erzwungene Handlung selbst einräumt (§§. 55. 565. 870. 877), wird diese Handlung als null und nichtig betrachtet[16], wobei es jedoch dem Gezwungenen frei steht, diese nichtige Handlung dennoch als eine gültige zu behandeln[17]. Damit die Furcht die angegebene Wirkung hervorbringe, muß sie folgende Eigenschaften haben:

---

von jener Schule allgemein aufgestellte und auch in's bürgerl. Gesetzb. (§. 875) übergegangene Grundsatz, daß der erzwungene Vertrag (mit Ausnahme des Ehevertrags §. 55) gültig sei, wenn der Zwang von einem Dritten ausgeübt wurde, da hier „der rechtlichen Annahme des Versprechens nichts im Wege stehe." (Anders und gewiß richtiger das röm. Recht, über dessen Bestimmung jedoch wegen der l. 5 C. de his quae vi 2, 20 früher Streit herrschte; vgl. Vangerow III S. 302. 303, Wächter §. 106 Note 14).

15) Es macht daher der von einem Dritten ausgeübte Zwang den Vertrag regelmäßig nicht nichtig (vgl. Note 14), weil eben auch der erzwungene Wille ein wirklicher Wille ist; auch sonst ist eine erzwungene Handlung z. B. ein erzwungener Erbschaftsantritt oder ein erzwungenes Delict (vgl. unten §. 100) als eine Handlung des Gezwungenen zu betrachten (es wird ihm daher auch die erzwungene strafbare Handlung zugerechnet und bildet die Drohung nur einen Milderungsumstand §. 46 lit. c. Strafg. vgl. jedoch auch §. 2 lit. g daselbst).

16) Es ist daher insbesondere auch die erzwungene Tradition eine nichtige: das Eigenthum geht vom Tradenten nicht weg und es steht ihm daher die rei vindicatio oder actio Publiciana zu Gebote, um seine Sache von jenem Dritten abzuholen. Von diesem Standpunkt aus mußte natürlich die in rem scripta actio quod metus causa als principiell überflüssig erscheinen; die ältere Schule stritt daher darüber ob diese Klage h. z. T. wo alle erzwungenen Geschäfte ipso jure nichtig seien, annoch statt finden könne und ließ sie höchstens aus Billigkeitsrücksichten, wegen der Erleichterung der Beweislast, electiv mit der Eigenthumsklage zu; vgl. z. B. Höpfner §. 1006, Glück V §. 451. Im österr. Recht ist die s. g. restitutorische Klage quod metus causa ganz hinweggefallen, weil man eben davon ausging, daß dem Gezwungenen schon durch den Grundsatz, daß die erzwungene Traditon eine nichtige sei, hinlänglich geholfen sei; vgl. Zeiller IV S. 186, Pratobevera Mater. VI S. 132 fg. — Unsere neueren Schriftsteller übergehen diesen wichtigen Fall mit Stillschweigen.

17) Es ist also insofern ein Fall s. g. relativer Nullität vorhanden (vgl. unten §. 91). Der Beweis für das im Text Gesagte wird im besondern Theil geführt werden; hier sei nur noch so viel bemerkt, daß unter der Klage des §. 877 (§. 1487) eine Klage auf Nullitätserklärung (vgl. Zeiller III S. 43) zu verstehen sei: dem steht auch das Wort „Aufhebung" im §. 877 nicht entgegen, da die ältere Schule das rescindere (aufheben), welches sich in den römischen Quellen bei einem erzwungenen Rechtsgeschäft so oft findet (l. 3. 4. 5. 7. 8. 11. 12 C. de his quae vi 2, 20 l. 13 C. de trans. 2, 4 l. 1. 8 C. de resc. vend. 4, 44 l. 10 C. de distrah. pign. 8, 28) als ein pro nullo declarari erklärte; vgl. die Note 9 angeführten Schriftst. und Schmidt Lehrb. von gerichtl. Handlungen und Einreden (9. Ausg. 1845) §. 695.

1) Die Furcht muß durch eine (widerrechtliche) **Drohung** hervorgerufen worden sein. Die Furcht, welche nicht durch eine wirkliche Drohung hervorgerufen wird, kommt als bloßes Motiv zum Handeln gar nicht in Betracht[18].

2) Die ausgeübte Drohung muß eine solche sein, daß sie in der That die Furcht vor dem angedrohten Übel erzeugen konnte (s. g. **gegründete** Furcht §. 55 §. 870 a. b. G. B., metus non vanus, metus justus): der Bedrohte darf also nicht etwa durch seine bloße leere Einbildung in Furcht versetzt worden sein[19] (s. g. eitle, ungegründete Furcht, metus vanus). Die Beurtheilung, ob die Furcht eine gegründete war, ist im einzelnen Fall eine quaestio facti und daher dem richterlichen Ermessen überlassen[20]. Doch kommt es nach österreichischem Recht (§. 55 a. b. G. B.[21]) bei der Beurtheilung dieser Frage auf die individuelle (Leibes- und Gemüths-) Beschaffenheit der bedrohten Personen an; auch kann man nach österreichischem Recht[22] immerhin sagen, die Furcht sei dann eine gegründete, wenn dem Bedrohten das angedrohte Übel im Vergleich mit der erzwungenen Handlung als das größere Übel erscheinen konnte.

3) Die Drohung muß eine **rechtswidrige** sein. Der Zwang ist aber ein rechtmäßiger[23], wenn der Zwingende befugt ist, das Übel

---

18) l. 9 pr. D. h. t. Metum autem praesentem accipere debemus non suspicionem inferendi ejus. l. 21 pr. eod. — cessat edictum, quia hunc sibi metum ipse infert. Daher wird auf den s. g. metus reverentialis (l. 6 C. h. t. 2, 20) ebensowenig Rücksicht genommen, als auf bloßes wenn gleich zudringliches Zureden.

19) l. 6 D. h. t. Metum autem non vani hominis sed qui merito et in homine constantissimo cadat — l. 7 pr. eod. — proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituetur: quoniam neque vi neque metus causa factum sit. l. 184 D. de D. J. Vani timoris justa excusatio non est. l. 9 C. h. t.

20) §. 870 a. b. G. B. — hujus rei disquisitio judicis est l. 3 D. de rest. maj. (4, 6).

21) Dieses steht auch hierin mit der älteren Schule (vgl. z. B. Glück IV S. 168) in Einklang; anders nach richtig verstandenem röm. Recht Puchta Vorl. I S. 126.

22) Anders nach röm. Recht Wächter §. 106 Note 2.

23) Das österr. Gesetzb. (§. 870) spricht dem älteren Sprachgebrauch (vgl. z. B. Glück IV S. 168 V S. 486) folgend von gerechter und ungerechter Furcht, statt von gerechtem und ungerechtem Zwang; dieß ist aber unpassend, denn ist der Zwang ein rechtmäßiger, so ist der metus recte i. e. jure licito illatus (l. 3 §. 1 D. h. t.), die Furcht selbst also insofern eine ungerechte, und ist

anzudrohen resp. zu realisiren, damit die betreffende Person die fragliche Handlung unternehme[24].

4) Das Übel, welches angedroht wird, kann die Freiheit, die Ehre, den guten Ruf, das Leben, das Vermögen u. s. w. des Gezwungenen und seiner Angehörigen betreffen, ohne daß in dieser Beziehung nach österreichischem Recht[25] zu unterscheiden wäre.

II. Ganz verschieden von dem bisher behandelten Fall ist jener, wenn gegen jemanden physische Gewalt ausgeübt wird[26]. Diesen Zwang pflegt man mit einem bis auf die Glossatoren hinauf reichenden Ausdruck absolute Gewalt (vis absoluta)[27], mechanischen

---

der Zwang ein widerrechtlicher, so ist die Furcht eine solche, die Berücksichtigung verdient, also insofern eine gerechte.

24) Unter unsern Schriftstellern (vgl. z. B. Winiwarter I S. 191 IV S. 25. 26, Stubenrauch I S. 216) scheint sich die Ansicht festgesetzt zu haben, daß der Zwang immer dann ein rechtmäßiger sei, wenn der Drohende zur Realisirung des angedrohten Übels befugt sei; danach soll z. B. die Drohung des Gläubigers mit dem Personalarrest in allen Fällen eine rechtmäßige sein. Allein sie übersehen hierbei das wesentliche Moment, daß die Drohung nur dann eine rechtmäßige ist, wenn der Drohende dadurch gerade jene Handlung zu bewirken sucht, zu deren Bewirkung er befugt ist das Übel anzudrohen und zu realisiren. Daher ist z. B. die Drohung eine rechtmäßige, wenn der Gläubiger den Schuldner durch Androhung des Personalarrestes zur Zahlung nöthigt; sie ist aber eine rechtswidrige, wenn der Gläubiger den Schuldner durch jene Androhung zu etwas Anderem z. B. zur Errichtung eines Testaments oder zu einer Schenkung nöthigt. In dieser allein naturgemäßen Weise fassen die römischen Quellen die Sache auf (l. 7 §. 1 l. 8 pr. D. h. t.) und so hat man dieß stets genommen (vgl. Glück V §. 445, Zeiller III S. 32). Daher ist (um das von Stubenrauch I S. 216. 217 gegebene Beispiel festzuhalten) die Drohung eine rechtswidrige (nicht wie Stubenrauch meint eine rechtmäßige), wenn ein Gutsbesitzer die Tochter eines Wirthschaftsbeamten durch die Drohung, ihren Vater wegen unredlicher Gebahrung den Gerichten zu überliefern (cf. l. 7 §. 1 l. 8 pr. cit.), zur Eheschließung nöthigt. Dagegen ist der Zwang allerdings ein rechtmäßiger, wenn jemand durch Androhung kirchlicher Strafen zur Erfüllung eines Verlöbnisses angehalten wird c. 10 X de spons. (4, 1) c. 2 X de adult. (5, 16) cf. l. 3 §. 1 D. h. t. Von diesem Standpunkt aus löst sich die Streitfrage mit Leichtigkeit, zu welcher §. 55 a. b. G. B. in dieser Beziehung Veranlassung gegeben hat.

25) Anders nach gemeinem Recht, da nach Verschiedenheit des angedrohten Übels dem Gezwungenen bald Rechtsmittel, die nur gegen den Drohenden wirken, bald solche, die auch gegen Dritte gerichtet sind, gegeben werden; vgl. Savigny III S. 105—107, Wächter §. 106 Note 2 und Nr. II.

26) Z. B. jemand wird mittelst physischer Gewalt von seinem Grundstück dejicirt oder genöthigt, einen Wechsel zu unterschreiben, eine Urkunde zu vernichten u. s. f. Über den Unterschied der vis absoluta und compulsiva vgl. l. 9 pr. D. h. t. l. 5 D. de vi (43, 16).

27) Die vis absoluta pflegte man früher häufig wieder in vis ablativa, expulsiva und turbativa einzutheilen; vgl. z. B. Glück V S. 490 fg.

Zwang zu nennen. Wo mechanischer Zwang ausgeübt wurde, ist gar keine Handlung, nicht einmal der Schein einer solchen vorhanden, da der Wille in dieser Richtung gar nicht thätig gewesen ist[28].

b) Irrthum und Betrug.

§. 81. Daß der Irrthum als Beweggrund auf das Dasein des Willens keinen hindernden Einfluß ausüben könne, folgt schon aus dem Begriff des Motivs mit innerer Nothwendigkeit[1]. Denn ist es auch eine irrige Vorstellung, welche den Willen erzeugt hat, so ist doch soviel gewiß, daß der Wille hervorgebracht wurde, also vorhanden ist[2]: die Thatsache des Daseins aber ist unabhängig von der Veranlassung und Art der Entstehung. Es konnte aber schon vom Standpunkt der Sicherheit des Verkehrs aus nicht leicht bezweifelt werden, daß einem solchen Irrthum durchaus keine Einwirkung auf die Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zu gestatten sei[3]. Diese Regel, daß der aus Irrthum hervorgegangene Wille ein wahrer Wille und der Irrthum im Motiv ein außerwesentlicher (einflußloser, s. g. error concomitans) sei, wurde schon von ältern Schriftstellern aufgestellt[4] und auch das bürgerliche

28) Wird daher jemand z. B. durch Vergewaltigung zur Übergabe seiner Sache oder zu passivem Verhalten genöthigt und ihm seine Sache weggenommen, so verliert er dadurch sein Eigenthum nicht, er hat die Vindicationsklage und überdieß gegen den Vergewaltiger die persönliche Klage auf Rückgabe der Sache und Schadensersatz (l. 9 pr. D. h. t. vgl. Glück V §. 447). Ist jemand durch physische Gewalt genöthigt worden, einen Wechsel zu acceptiren, so kann er die Einrede (im weiteren Sinn) des mechanischen Zwangs jedem Wechselgläubiger entgegensetzen (Thöl Handelsr. II §. 298) u. s. f.

1) Vgl. Savigny III S. 112 fg. 354 fg.

2) Über die Stellen des röm. Rechts, welche das Gegentheil zu sagen scheinen (nulla enim voluntas errantis est l. 20 D. de aqua et aquae pluv. 39, 3 l. 116. §. 2 D. de R. J. l. 8 l. 9 C. de jur. et fact. ignor. 1, 18) vgl. Savigny Beil. VIII Nr. VII.

3) „In dieser regelmäßigen Unwirksamkeit des Irrthums liegt die einzige Rettung des Verkehrs gegen grenzenlose Unsicherheit und Willkür;" Savigny S. 355.

4) Manche ältere Schriftsteller jedoch meinten, daß der Irrthum im Beweggrund als solcher regelmäßig beachtet werden müsse, ja manche stellten den Irrthum im Beweggrund sogar in die Kategorie des wesentlichen Irrthums, so z. B. Glück IV S. 157 (aus Mißverständniß der l. 5 §. 1 D. de C. E.) und Westphal Lehre des gem. Rechts vom Kauf §. 782. Dagegen trat Thibaut mit einer tüchtigen Ausführung auf (Versuche II S. 183 fg.), worauf denn auch Glück XVI S. 18 seine Ansicht zurücknahm. Vgl. auch Vangerow III S. 290—292, Richelmann in der §. 89 Note 19 angef. Schrift §§. 11. 12.

Gesetzbuch spricht dieselbe an verschiedenen Orten (§§. 59. 572. 901) sehr bestimmt aus[5].

Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen[6]:

I. Der Irrthum im Beweggrund (falsa causa) macht das Rechtsgeschäft ungültig, wenn dasselbe eine bloß lucrative Natur hat (letztwillige Verfügungen [§. 572 a. b. G. B.[7]] und Schenkungen [§. 901 a. b. G. B.[8]]) und der irrige Beweggrund erweislich die einzige Veranlassung der Willenserklärung ist (§. 572 a. b. G. B.[9]).

II. Eine besondere Färbung erhält der Irrthum im Beweggrund, wenn er durch Betrug hervorgerufen wurde. Unter Betrug (Dolus oder, wie das österreichische Gesetzbuch sich minder passend ausdrückt, List) versteht man die absichtliche, widerrechtliche[10] Erzeugung

---

5) Daß der Beweggrund auf das Dasein des Willens und daher auch auf die Existenz des Rechtsgeschäfts einen entscheidenden Einfluß ausübe, wenn die Richtigkeit desselben zur Bedingung gemacht wurde, versteht sich von selbst (Thibaut S. 108) und wird in §. 901 a. b. G. B. ausdrücklich hervorgehoben; §. 31 I. de leg. (2, 20) l. 17 §. 2. 3 D. de cond. et demonstr. (35, 1).

6) Savigny Beil. VIII Nr. XI rechnet zu diesen Ausnahmen „in welchen ein Rechtsgeschäft bloß wegen eines irrigen Beweggrundes als ungültig durch besondere Klagen angefochten werden könne" die ädilitischen Klagen und die Condictionen. Daß nun die Ertheilung der Condictionen überhaupt und insbesondere der condictio indebiti nicht als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden könne, daß der Irrthum als Beweggrund eines Rechtsgeschäfts rechtlich nicht weiter in Betracht komme, hat bereits Erxleben Die condictiones sine causa I §. 5 (insbes. S. 57) überzeugend dargethan. Daß aber auch die ädilitischen Klagen nicht als Ausnahme hierher zu zählen seien, ergibt sich aus der Erwägung, daß die Fehlerlosigkeit der Sache nicht das Motiv des Kaufs ist; auch ist es unrichtig, wenn Savigny (Note b) den entschuldbaren Irrthum als den Grund der ädilitischen Klagen ansieht, da der Grund derselben vielmehr die Fehlerhaftigkeit der Sache ist und der entschuldbare Irrthum diese Klagen nur ausschließt (l. 14 §. 10 D. de aed. ed. 21, 1 §. 928 a. b. G. B.).

7) Dieß gilt sowohl von Erbeinsetzungen (l. 5 C. de testam. 6, 23 l. 4 l. 7 C. de hered. instit. 6, 24 l. 9 l. 10 C. de collat. 6, 20 l. 28 D. de inoff. test. 5, 2 l. 92 D. de hered. instit. 28, 5) und Präteritionen (§§. 777. 778 a. b. G. B. cf. l. 14 §. 2 l. 15 D. de liber. et posth. 28, 2) als von Vermächtnissen (l. 72 §. 6 D. de cond. et demonstr. 35, 1 l. 1 C. de falsa causa 6, 44); das Nähere hierüber im Erbrecht, vgl. indeß Savigny Beil. VIII Nr. XVII und Vangerow II §. 432 Anm. 2.

8) Vgl. unten §. 99 Nr. 2.

9) Sonst nemlich schadet selbst die Angabe eines falschen Beweggrundes nicht (falsam causam non nocere §. 572 a. b. G. B. l. 72 §. 6 cit. Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturum non fuisse. §. 31 I. cit. Vgl. Savigny III S. 304.

10) Diesen dolus pflegt man auch dolus malus zu nennen im Unterschied von

oder Benützung eines fremden Irrthums, um den Irrenden zu einer Handlung zu bestimmen, die er sonst nicht unternommen haben würde[11]. Darauf, ob der Irreführende zugleich seinen eigenen Vortheil bezweckt oder nicht, kommt es nicht weiter an; daher handelt z. B. auch jener dolos, der einem Andern wissentlich einen schädlichen Rath ertheilt[12] oder einen Erben über den Stand der Erbschaft täuscht, um ihn zum Antritte derselben zu bewegen, sollte auch der Irreführende selbst nicht Erbschaftsgläubiger sein[13]. Was insbesondere den in der rechtswidrigen Benützung eines bereits vorhandenen Irrthums bestehenden Dolus betrifft, so wird hierzu ein Verhältniß vorausgesetzt, in welchem es Pflicht des den Irrthum Bemerkenden gewesen wäre, den Irrenden aufzuklären. Ein solches Verhältniß wird insbesondere bei Verträgen eintreten, indem hier jeder Contrahent vom andern Offenheit und Aufklärung eines etwa vorhandenen Irrthums nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu erwarten berechtigt ist (§. 876 a. b. G. B.)[14]. Aber auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses können die Umstände so geartet sein, daß im Schweigen ein Dolus liegt[15]; wenn z. B. der Eigenthümer weiß, daß jemand bona fide auf seinem Grunde baue, und hierzu

---

dem s. g. dolus bonus, der in solchen Fällen angenommen wird, wo selbst Gewalt als Selbstvertheidigung erlaubt sein würde (l. 1 §. 2. 3 D. de dolo 4, 3). — Andere Eintheilungen des Dolus, welche die ältere Schule machte (wie in dolus ex proposito, ex re u. s. w.) s. bei Glück IV S. 108 fg. und dagegen Buchholz Jurist. Abhandl. Nr. XXI.

11) Über die verschiedenen Definitionen des Dolus in den röm. Quellen, über ihren wirklichen oder angeblichen Widerstreit hat die ältere Schule viel geschrieben; vgl. insbes. Donellus Comment. de jure civ. lib. XV c. 41, Noodt De forma emend. doli mali c. 2, vgl. nunmehr Savigny III S. 117 fg. „über die sehr verschiedene Weise, in welcher der umfassende Begriff des Dolus auf dem Rechtsgebiet vorkommt."

12) l. 7 §. 10 l. 8 D. de dolo (4, 3) l. 47 pr. D. de R. J. §. 1300 a. b. G. B.

13) l. 40 D. h. t. cf. l. 39 eod. l. 18 §. 3 eod.

14) l. 43 §. 2 D. de C. E. (18, 1) Dolum malum a se abesse venditor praestare debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur (vgl. bürg. Gesetzb. §. 869 a. E.) sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. l. 35 §. 8 eod. l. 11 § 5 D. de A. E. V. l. 4 § 4 D. de aed. ed. (21, 1) l. 23 D. loc. (19, 2). Daß in der rechtswidrigen Benützung eines vorhandenen Irrthums Betrug liege, wird von unseren Schriftstellern oft nicht gehörig beachtet, vgl. z. B. Winiwarter V S. 236. 237.

15) Es scheint mir daher das von Savigny III S. 119 Gesagte zu eng zu sein.

schweigt, um den fremden Irrthum zu seinem Vortheil auszubeuten, so handelt er dolos[16].

Im Fall des Betrugs existirt immer Irrthum, Betrug ist ohne Irrthum undenkbar. Es ist aber heut zu Tage allgemein anerkannt, daß es hierbei nicht der Irrthum ist, der zunächst in Betracht kommt, sondern vielmehr die Widerrechtlichkeit des Betrügers, gegen welche der Betrogene geschützt werden muß, daß also dem Betrogenen geholfen wird, nicht weil er irrte, sondern weil er betrogen wurde[17]. Überhaupt aber sind Betrug und Irrthum principiell zu trennen[18]. Ist der Irrthum von der Art, daß er das Dasein des Willens, die Existenz des zum Rechtsgeschäft erforderlichen Willens ausschließt (s. g. wesentlicher Irrthum, error essentialis), so ist die in einem solchen Irrthum gesetzte Handlung nichtig, weil sie nur die scheinbare Äußerung eines in der That nicht vorhandenen Willens ist. In den Fällen des wesentlichen Irrthums kommt es daher auch nicht weiter darauf an, ob der Irrthum ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer war, und ob der Irrthum durch Betrug des andern Contrahenten oder eines Dritten erzeugt wurde oder nicht: auch in dem Fall, daß der wesentliche Irrthum durch Betrug hervorgebracht wurde, ist das Rechtsgeschäft nichtig, nicht des Betrugs wegen, sondern wegen des wesentlichen Irrthums (ex capite erroris)[19]. Ist der Irrthum da-

---

16) §. 418 a. b. G. B. cf. l. 5 §. 2 D. de dol. mal. except. (44, 4); vgl. Schmid Handb. des bürgerl. Rechts I S. 149. 150.

17) Es verhält sich in dieser Beziehung mit dem Irrthum ebenso wie mit der Furcht; beide Motive werden an sich nicht berücksichtigt; eine Berücksichtigung wird ihnen nur insofern zu Theil, als sie durch eine widerrechtliche Einwirkung erzeugt wurden: dann tritt statt der Furcht der Zwang, statt des Irrthums der Betrug hervor; vgl. Savigny S. 116.

18) Diese principielle Scheidung zwischen Betrug und Irrthum macht die heutige gemeinrechtliche Theorie (vgl. z. B. Vangerow I §. 83 III §§. 604. 605, Wächter §§. 102. 104, Puchta §§. 57. 65, Sintenis §. 22 u. A.) seit den classischen Ausführungen Savigny's III §§. 115. 135 u. Beil. VIII auf Grundlage der römischen Quellen, welche hierin das Richtige haben und nur die längste Zeit über nicht richtig verstanden wurden; die ältere Schule dagegen (vgl. z. B. Glück IV §. 299) combinirte Irrthum und Betrug.

19) In einem solchen Fall kann der Betrogene auf Schadenersatz mit der doli actio klagen (l. 7 pr. D. h. t.); der Betrug bringt also zwar insofern eine selbständige Wirkung hervor, aber diese Wirkung ist von der durch den wesentlichen Irrthum hervorgebrachten Nichtigkeit des Geschäfts wohl zu unterscheiden; vgl. Vangerow III S. 299 Nr. 6.

gegen ein solcher, welcher nicht das Dasein, sondern nur die Entstehung des Willens betrifft, so wird er in der Regel gar nicht berücksichtigt (außerwesentlicher Irrthum); ist ein solcher Irrthum im Motiv aber durch Betrug erzeugt worden, dann tritt der Irrthum als solcher ganz zurück und es ist der Betrug als solcher, welcher für sich und selbstständig Entstehungsgrund eigenthümlicher Rechtsverhältnisse wird. In einem solchen Fall ist zwar nach der richtigen Ansicht[20] die Handlung, welche durch Betrug hervorgerufen wurde, nicht nichtig, aber dem Betrogenen stehen Rechtsmittel (ex capite doli) zu Gebote, um sich gegen die nachtheiligen Folgen seiner Handlung zu schützen.

Diese principielle Scheidung zwischen Irrthum und Betrug wird im bürgerlichen Gesetzbuch nicht immer[21] gehörig gemacht, vielmehr combinirt das Gesetzbuch öfters Betrug und Irrthum zum entschiedenen Nachtheil der Sache. Bald tritt nemlich der wesentliche Irrthum hinter der Veranlassung seiner Entstehung, also insbesondere auch hinter dem Betrug zurück (§. 871 fg.), bald tritt umgekehrt der Betrug hinter dem wesentlichen Irrthum zurück (§. 57 fg.). Auf diese Art gelangt weder der wesentliche Irrthum noch der Betrug im bürgerlichen Gesetzbuch zu der ihm gebührenden Berücksichtigung: nicht der wesentliche Irrthum, weil dieser (mit Ausnahme des §. 57) abgesehen von seiner Veranlassung gar nicht in Betracht kommt (vgl. unten §. 89), nicht der Betrug, weil das Gesetzbuch gerade jene Fälle nicht normirt, in welchen der Irrthum, den der Betrüger erzeugt oder benutzt hat, den Betrogenen zur Eingehung des Vertrags bestimmte (dolus causam dans)[22].

---

20) Auch in Beziehung auf den Betrug wollte die ältere Schule wie beim Zwang zwischen stricti juris und bonae fidei contractus unterscheiden und bei ersteren Anfechtbarkeit, bei letzteren Nichtigkeit annehmen; vgl. z. B. Glück IV §. 296 und die bei ihm Note 29 Angeführten, Thibaut §. 452 u. A. Über diese ganz unhaltbare Ansicht vgl. Burchardi Wiedereinsetz. S. 322 fg. und Vangerow III §. 605 Anm. 1.

21) Die gehörige Unterscheidung zwischen Betrug und wesentlichem Irrthum wird nur im Erbrecht gemacht, §§. 565. 570 a. b. G. B.

22) Der Betrug wird nemlich bei Verträgen nur insofern als er einen wesentlichen Irrthum erzeugt (§§. 871. 873) oder als er die Modalitäten des Geschäfts betrifft, s. g. dolus incidens (§§. 872. 873) im Gesetzbuch berücksichtigt: wie aber steht es in jenen Fällen, wo der Betrug zwar einen außerwesentlichen, aber einen solchen Irrthum erzeugt, ohne den das Geschäft gar

2) Willensbeschränkung.

a) Bedingung[1].

§. 82. I. **Bedingung** im eigentlichen Sinn[2] ist das Abhängigmachen des zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willens von der Wirklichkeit eines subjectiv ungewissen Umstandes[3]. Insofern nun

---

nicht geschlossen worden wäre (s. g. dolus causam dans)? Kann auch in einem solchen Fall der Betrogene nur Entschädigung verlangen (§§. 869. 872. 874)? oder kann er wie nach gemeinem Recht (l. 11 §. 5 D. de A. E. V. l. 5 l. 8 l. 10 C. de resc. vend. 4, 44), da doch das Geschäft nach dem wahren Sachverhalt ohne alles Interesse für ihn ist, Rescission des Vertrags, Umstoßung des ganzen Geschäfts, verlangen? oder ist nach österr. Recht in Übereinstimmung mit der älteren Schule (Note 20) und „den Grundsätzen des Naturrechts" (Glück IV S. 123. 124) im Fall eines dolus causam dans der Vertrag nichtig? Ich halte für das heutige österr. Recht diese letztere Ansicht vom Standpunkt der historischen Interpretation und im Einklang mit den Grundsätzen des österr. Rechts über Zwang für die richtige.

1) Glück Pandekt. Comment. IV §§. 337. 338, Mühlenbruch in der Fortsetzung hierzu Bd XLI §. 1475 fg., Savigny System Bd III §. 116—124, Heimbach im R. L. Bd I S. 761 fg. — Helm Abhandl. über den Begriff u. die Eintheilung der Bedingungen nach dem allg. bürg. Gesetzb. in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1825 Bd I Nr. XV.

2) Bedingung im weiteren Sinn ist jeder Umstand, von welchem die Existenz oder Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt; in diesem Sinn bilden auch die gesetzlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts und die in dessen Natur liegenden Voraussetzungen Bedingungen desselben (s. g. conditiones juris; vgl. z. B. §. 18 §. 775 u. s. f. des bürg. Gesetzb.). Im weitesten Sinn bedeutet Bedingung alle näheren Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts, jede Modalität, welche die Parteien ihrem Geschäft beifügen (vgl. z. B. l. 1 D. de in diem add. 18, 2 l. 6 §. 2 D. de C. E. l. 2 §. 7 D. de donat. 39, 5 l. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28, 7 u. s. f.; vgl. z. B. §§. 103. 105. 800 [unbedingte Erbserklärung d. h. sine beneficio inventarii] §. 815 [bedingte Erbserklärung d. h. cum beneficio] §§. 983 1077 u. s. f. des bürg. Gesetzb.), ja jede Verabredung, vertragsmäßige Festsetzung überhaupt (bedingen = gedingen = verabreden) z. B. §§. 894. 995 a. b. G. B. Über die verschiedenen Bedeutungen von conditio vgl. Windscheid Lehre von der Voraussetzung (1850) Nr. 32. 33; über die verschiedenen Bedeutungen, in welchen das Wort Bedingung im a. b. G. B. gebraucht wird vgl. Helm §. 1.

3) Über den Begriff der Bedingung vgl. die tüchtige Abhandl. von Fitting im Arch. f. civil. Prax. Bd XXXIX (1856) Nr. XIII, insbes. Nr. 20 fg., Nr. 26 fg. — Die herrschende Lehre sieht in der Bedingung ganz allgemein eine Nebenbestimmung (vgl. z. B. Savigny S. 206, Sintenis I §. 20, Vangerow I §. 93 fg., Wächter II §. 92 fg., Puchta §. 58, Arndts §. 66 fg. u. A.). Allein diese Auffassung ist ebensosehr begrifflich unrichtig, als zu praktischen Irrthümern führend (vgl. auch Fitting Nr. 4). Als Nebenbestimmungen können doch nur solche Bestimmungen angesehen werden, welche das Wesen des Geschäfts selbst nicht berühren, sondern zum Inhalt desselben etwas demselben an sich Außerwesentliches hinzufügen; das Dasein des das Rechtsgeschäft erzeugenden Willens gehört aber unzweifelhaft zum Wesen, also zum Hauptinhalt des Rechtsge-

der Wille das Rechtsgeschäft erzeugt und der Träger desselben ist, erscheint die Bedingung zugleich als das Abhängigmachen der Existenz

---

schäfts, da der Wille eben das caput et fundamentum des ganzen Geschäfts ausmacht; wird nun das Dasein dieses Willens von einem Umstand abhängig gemacht, so kann diese Bestimmung keine Nebenbestimmung sein, sondern muß einen Theil der Hauptbestimmung bilden, da die Frage über Sein oder Nichtsein eine Haupt- nicht eine Nebenfrage ist: „in der bedingten Willenserklärung stehen Bedingung und Bedingtes in so enger und wesentlicher Verbindung, daß eine Trennung nicht mehr möglich ist, daß eines ohne das andere nicht mehr gedacht werden kann." Ein bedingter Vertrag ist ebensowenig ein Hauptvertrag mit einem Nebenvertrag als das hypothetische Urtheil ein Hauptsurtheil mit einem Nebenurtheil ist. Das Nebengeschäft tritt zum Hauptgeschäft als zu etwas Fertigem, Vollendetem hinzu und bezieht sich auf desselben äußere Momente, wie auf die Dauer des Geschäfts, auf den Ort und die Art der Erfüllung, auf die willkürliche Aufhebung desselben u. s. f.; die Bedingung dagegen betrifft die Existenz des ganzen Geschäfts, ist also nicht ein Plus, welches zu dem an sich fertigen Geschäft hinzutritt. (Daraus erklärt es sich auch, daß eine letztwillige Disposition, die unbedingt ausgedrückt wurde, während der Erblasser erweislich eine Suspensivbedingung zufügen wollte, nichtig ist, während im Fall der Unterlassung der Hinzufügung einer wahren Nebenbestimmung z. B. eines Modus die Verfügung gültig bleibt l. 9 §. 5 D. de condit. instit. 28, 7.) — Savigny faßt die Bedingung als eine Selbstbeschränkung des Willens auf und stellt unter dieser Kategorie Bedingung, Zeitbestimmung und Modus zusammen: diese Auffassung, welche auch die des bürg. Gesetzb. ist (Überschrift zum 12. Hptstck II. Thls u. §. 695), ist sicher die richtige. Die Bedienung ist nemlich allerdings eine Selbstbeschränkung des Willens (was Fitting Nr. 3 mit Unrecht leugnet): nur ist sie nicht, wie Savigny S. 99. 120 meint, eine Beschränkung des Umfangs, den der Wille außerdem haben würde, sondern eine Beschränkung in Ansehung des Daseins des Willens. Der Wille setzt sich, aber indem er sich bedingt setzt, beschränkt er sein Sichsetzen, indem er sein Gesetztsein abhängig macht von der Wirklichkeit eines Umstands: der Wille setzt sich, aber nur für einen gewissen Fall (ich will, falls — ich will, falls nicht). Die Bedingung gehört somit nicht unter die Kategorie der Quantität, sondern in die Kategorie der Relation (kategorisches — bedingtes Urtheil). — Fitting, der das Verdienst hat, mit logischer Schärfe die Beseitigung unrichtiger und die Wiederherstellung richtiger Begriffe in dieser bisher noch immer nicht ganz befriedigend behandelten Lehre unternommen zu haben, stellt die Bedingung unter die Kategorie: Art und Form der Willenserklärung (Nr. 4. 28). Allein die Bedingung betrifft nicht das Moment der Erklärung, sondern das Willensmoment selbst: die Bedingtheit oder Unbedingtheit einer Willenserklärung liegt nicht in der Art und Form der Erklärung, sondern in der Gestaltung des erklärten Willensentschlusses (vgl. Fitting selbst S. 329): die unbedingte oder bedingte Willenserklärung ist nicht die unbedingte oder bedingte Erklärung eines Willens, sondern die Erklärung eines kategorischen oder hypothetischen Willens. Wenn man dennoch von einer bedingten oder unbedingten Willenserklärung spricht, so geschieht dieß deßhalb, weil der (unbedingte oder bedingte) Wille, um vorhanden zu sein, erklärt sein muß. — Nur von dem hier eingenommenen Standpunkt aus läßt sich die überaus lebhaft besprochene Frage (vgl. die Literatur bei Vangerow I §. 163 und Wetzell System des ordentl. Civilproceß.

oder Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts von der Wirklichkeit eines bestimmten Umstandes. Auch diesen Umstand selbst, von dem die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht wird, pflegt man Bedingung zu nennen. Von dieser Bedeutung geht das bürgerliche Gesetzbuch bei seiner Definition der Bedingung aus (§. 696 „Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird"), gegen welche sich aber allerdings manches einwenden läßt[4].

Vom Standpunkt des gemeinen Rechts unterscheidet man die Bedingungen mit Rücksicht auf die Wirkungen, welche sie hervorbringen, in eigentliche (wahre) Bedingungen und uneigentliche (Schein-) Bedingungen. Diese Unterscheidung, welche aber wohl schon für das gemeine Recht zu verwerfen ist[5], läßt sich für das österreichische Recht sicher nicht machen: vom Standpunkt des österreichischen Rechts sind unzweifelhaft auch folgende Bedingungen wahre eigentliche Bedingungen:

1) Die sogenannten stillschweigenden Bedingungen[6] (con–

I §. 19 Note 14; vgl. auch Bayer Vorträge 8. Aufl. S. 738 fg.), wer den Beweis zu führen habe, wenn behauptet werde, daß das Geschäft unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden sei, mit Sicherheit lösen.

4) Diese Definition hebt nemlich statt des Unmittelbaren das Mittelbare, statt der Grundlage eine Folge hervor, indem sie statt des Willens oder des Rechtsgeschäfts oder des Rechtsverhältnisses, dessen Existenz durch die Bedingung in Frage gestellt ist, das einzelne subjective Recht hervorhebt, welches doch nur eine durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses ist (vgl. Sintenis Zur Frage von den Gesetzbüchern 1853 S. 103 fg.). Es ist aber hierbei zu erwägen, daß die ältere Schule eben auf das subjective Privatrecht alles Gewicht legte (Bd I Einleit. u. §. 24) und daß die Begriffsbestimmung des §. 696 sich nicht nur in älteren Werken (vgl. z. B. Glück IV §. 337 a), sondern auch bei Schriftstellern der neueren Zeit findet (so z. B. bei Mühlenbruch XLI S. 73; vgl. auch Arndts §. 66).

5) Die herrschende Lehre betrachtet als das charakteristische Kriterium der wahren Bedingung, daß das Rechtsgeschäft in willkürlicher Weise von einem zukünftigen ungewissen Umstand abhängig gemacht werde und rechnet daher die s. g. conditiones juris, die nothwendigen und unmöglichen Bedingungen, so wie jene, wobei das bedingende Ereigniß der Gegenwart oder Vergangenheit angehört, zu den uneigentlichen Bedingungen: allein Fitting hat (Nr. 5—25) in treffender Weise das Unrichtige dieser Ansicht nachgewiesen (nur geht m. E. Fitting nicht weit genug, indem er doch noch in der conditio in praesens vel praeteritum collata eine uneigentliche Bedingung sieht Nr. 18. 19; vgl. unten Note 15).

6) Von diesen stillschweigenden Bedingungen sind die stillschweigend (im Ge-

ditiones juris, quae extrinsecus veniunt, quae tacite insunt) d. h. Bedingungen, welche einen Umstand als bedingliches Ereigniß enthalten, der sich nach der Natur des Rechtsgeschäfts oder seines Gegenstandes von selbst versteht, dafern nur die verfügenden Parteien in der That die Absicht hatten, das Dasein ihres Willens von einem solchen Umstand abhängig zu machen[7]. Wenn nemlich die Parteien ein sich von selbst verstehendes Moment ausdrücklich als Bedingung ihres Geschäfts hervorheben, so ist es eine reine Interpretationsfrage, ob diese Hervorhebung als etwas Überflüssiges und Bedeutungsloses zu betrachten sei, oder ob hiermit eine wirklich eine Bedingung ausgedrückt werden sollte: im ersten Fall ist das Geschäft als ein unbedingtes zu betrachten und die Grundsätze, welche bei bedingten Geschäften gelten, kommen nicht zur Anwendung; im zweiten Fall dagegen ist das Geschäft ein wahrhaft bedingtes und als solches zu behandeln[8]. Es kommt somit Alles darauf an, ob die Parteien den Zusatz, der die Gestalt einer Bedingung hat, auch wirklich als Bedingung behandelt wissen wollen oder nicht, ob das, was figuram

---

gensatz zu ausdrücklich) hinzugefügten Bedingungen wohl zu unterscheiden (was öfters z. B. von Glück S. 473 fg. nicht gehörig geschieht; vgl. dagegen Mühlenbruch S. 83) vgl. z. B. l. 6 pr. D. quando dies (36, 2) l. 107 i. f. D. de cond. et demonstr. (35, 1) l. 54 §. 1 D. loc. (19, 2). Von dem Fall der stillschweigend erklärten Bedingung ist der Fall der gesetzlich angenommenen (s. g. vermutheten) Bedingung wohl zu unterscheiden (was gleichfalls öfters z. B. von Wächter §. 92 Note 12, vgl. auch Arndts §. 581 nicht gehörig geschieht), indem hier in der That eine unbedingte Disposition vorliegt, welche aber kraft einer Dispositivvorschrift als eine bedingte behandelt wird; ein Fall dieser Art findet sich in Übereinstimmung mit dem röm. Recht (l. 102 D. de cond. 35, 1 l. 30 C. de fideic. 6, 42 l. 6 C. de impub. et al. subst. 6, 25) in §. 617 a. b. G. B.

7) Z. B. Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der Erbe den Testator überlebe, unter der Bedingung, daß er Erbe sein wolle; Legat der Früchte eines Landguts unter der Bedingung, daß sie wachsen, einer Sache unter der Bedingung, daß der Erblasser sie nicht einem andern vermache, Dotalversprechen unter der Bedingung, daß die Ehe zu Stande komme cf. l. 1 §. 3 l. 107 D. de condit. (35, 1) l. 22 §. 1 D. quando dies (36, 2) l. 12 D. de condit. instit. (28, 7) l. 21 l. 68 D. de J. D. (23, 3).

8) Vgl. Mühlenbruch S. 67 fg. 81 fg., Fitting Nr. 7. — Praktisch wichtig zeigt sich dieß bei Erbeinsetzungen und Legaten, weil der Honorirte die Erfüllung der Bedingung erlebt haben muß, um das Recht auf seine Erben zu transmittiren (§. 703 a. b. G. B.), während der Anfall resp. Erwerb des unbedingten Erbrechts oder Legats schon mit dem Todestag des Erblassers eintritt (§§. 545. 537. 684. 809 a. b. G. B.); vgl. die folg. Noten.

conditionis hat, auch vim conditionis habe oder nicht l. 69 D. de hered. instit. 28, 5). Im Zweifel ist insbesondere bei letztwilligen Verfügungen[9] anzunehmen, daß die Absicht der Parteien nicht auf das Setzen einer Bedingung ging (pro conditione non est accipienda), daß sie also etwas sich von selbst Verstehendes hervorheben wollten, ohne an diesen Zusatz besondere rechtliche Wirkungen zu knüpfen[10]. Läßt sich dagegen nachweisen, daß jener Zusatz wirklich als Bedingung gemeint war[11], so ist in der That eine Bedingung vorhanden und es treten alle Wirkungen derselben ein[12].

---

9) Bei letztwilligen Verfügungen ist nemlich ganz insbesondere der Wille des Erblassers zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen, l. 19 pr. D. de condit. (35, 1) In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones — l. 101 pr. eod. — in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportet (cf. l. 76 eod.) l. 24 D. de reb. dub. (34, 5) Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum credendum est. Daher wird man wohl auch (abweichend von der Bestimmung des röm. Rechts l. 69 D. de condit. 35, 1 l. 65 §. 1 D. de legat. I vgl. jedoch auch l. 85 D. de cond. 35, 1, Büchel Civilr. Erört. II S. 5 Note 3) ein Legat, worin jemanden „wenn er will" (si voluerit) etwas vermacht ist, heut zu Tage als ein unbedingtes ansehen dürfen (vgl. Jhering in den Jahrb. I S. 85), indem hierin wohl nichts anderes als die positive Fassung des Gedankens si non noluerit zu sehen ist und der Satz aliud est enim juris si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimitur für uns von keiner Bedeutung mehr ist. Ferner ist nach österr. Recht wie nach röm. Recht (l. 12 D. de cond. instit. 28, 7 l. 69 D. de her. inst. 28, 5) in der Einsetzung eines Erben „wenn er will" (si volet) in der Regel eine unbedingte zu sehen und eine sofortige Transmission des Erbrechts anzunehmen. Dagegen müßte man nach österr. Recht ein Legat unter der Bedingung, wenn der Erbe die Erbschaft antritt, oder unter derselben Bedingung, unter welcher der Erbe eingesetzt ist, abweichend vom röm. Recht (l. 19 §. 1 l. 107 D. de condit. et demonstr. l. 21 §. 1 l. 22 §. 1 D. quando dies 36, 2) im Zweifel für ein bedingtes halten, wegen der eigenthümlichen Grundsätze, welche das österr. Recht über das testamentum destitutum aufstellt (§. 726 a. b. G. B.).

10) l. 99 D. de condit. et demonstr. (35, 1) Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia. l. 6 §. 1 l. 25 §. 1 D. quando dies (36, 2). In diesem Sinn heißt es, daß solche Zusätze frustra adduntur l. 12 D. de cond. instit. (28, 7) l. 47 D. de cond. et demonstr. (35, 1), conditiones supervacuae l. 22 §. 1 D. quando dies (36, 2), d. h. solche Verfügungen sehen bedingt aus, sind es aber nicht.

11) l. 29 §. 1 D. de condit. et demonstr. (35, 1) Haec scriptura, si Primus heres erit damnas esto dare, pro conditione non est accipienda; magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam conditionem inseruit, nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret conditionem.

12) In einem solchen Fall muß daher z. B. der Legatar die Verwirklichung

2) Die **unmöglichen Bedingungen** (conditiones impossibiles), d. h. Bedingungen, deren Nichterfüllung zur Zeit ihrer Festsetzung aus dem Grund gewiß ist, weil das als Bedingung gesetzte Ereigniß nach physischen oder juristischen Gesetzen nicht eintreten kann[13] (unten Nr. V 2).

3) Die **nothwendigen Bedingungen** (conditiones necessariae), d. h. Bedingungen, deren Erfüllung zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, weil das als Bedingung gesetzte Ereigniß nach physischen oder juristischen Gesetzen eintreten muß[14] (unten Nr. V 1).

4) Die Bedingungen, welche das Dasein des Willens **von einem der Gegenwart oder der Vergangenheit angehörigen Umstande** abhängig machen; und zwar macht es nach österreichischem Recht[15] weiter keinen Unterschied, ob dieser Umstand durch

---

dieses Umstands (Erfüllung der Bedingung) erleben, um sein Recht zu vererben cf. l. 69 D. de cond. et demonstr. — Der Irrthum der gewöhnlichen Darstellung besteht somit darin, daß man den Satz, ein Geschäft werde durch Hinzufügung einer conditio juris nicht zu einem unbedingten, als einen absoluten hinstellt, während es eine reine quaestio facti ist, ob ein besonders hervorgehobener sich von selbst verstehender Umstand (conditio juris) als Bedingung (conditio facti L. 21 D. h. t.) zu betrachten sei oder nicht.

13) Darüber, daß auch die unmögliche Bedingung eine wahre eigentliche Bedingung sei vgl. **Fitting** Nr. 9 fg. insbes. Nr. 16.

14) Den Gegensatz sowohl zur nothwendigen als zur unmöglichen Bedingung bildet die **mögliche** Bedingung d. h. eine Bedingung, wobei weder die Erfüllung noch die Nichterfüllung von vornherein gewiß ist, weil das fragliche (positive oder negative) Ereigniß sowohl eintreten als ausbleiben kann. Der Unterschied zwischen der möglichen Bedingung und ihren beiden Gegenstücken besteht darin, daß bei der möglichen Bedingung ein Zustand der Unterschiedenheit stattfindet, während die unmögliche und nothwendige Bedingung sofort entschieden ist: diese beiden letzteren Bedingungen sind wahre eigentliche Bedingungen, aber Bedingungen, die nicht in der Schwebe, sondern sofort entschieden sind. Auch in diesen Fällen ist das Dasein des Willens von einem Umstand abhängig gemacht, allein weil dieser Umstand ein unmöglicher oder nothwendiger ist, ist es sofort entschieden, ob der Wille vorhanden ist oder nicht, und insofern erscheint es praktisch so, als wäre die Willenserklärung eine unbedingte: in diesem Sinn (vgl. **Fitting** Note 37) heißt es z. B. in l. 9 §. 1 D. de novat. (46, 2) Qui sub conditione stipulatur quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari; cf. l. 7 l. 8 D. de V. O. l. 50 §. 1 D. de her. inst. (28, 5) §. 11 I. de inut. stip.

15) Vgl. **Zeiller** II S. 657 Nr. 2. — Vom Standpunkt des gemeinen Rechts pflegt man gewöhnlich das Gewicht darauf zu legen, ob die Bedingung schon dem gebrauchten Ausdruck nach in die Gegenwart oder Vergangenheit fällt oder in die Zukunft gestellt ist (conditio in praeteritum vel praesens vel futurum **collata, relata, concepta**); im ersteren Fall sei eine uneigentliche

den gebrauchten Ausdruck als solcher charakterisirt, das heißt in die Gegenwart oder Vergangenheit gesetzt oder als zukünftiger gedacht und ausgedrückt wird.

Ist in diesen drei letzten Fällen subjective Gewißheit vorhanden, weiß also der die Bedingung Beifügende, daß der Umstand, von dem er das Dasein seines Willens abhängig gemacht hat, eingetreten sei resp. nothwendig eintreten müsse, oder daß er nicht eingetreten sei resp. niemals eintreten könne, so ist nur dem Schein nach die Erklärung eines bedingten Willens, in der That aber eine unbedingte Willenserklärung vorhanden, da der Verfügende im ersten Fall unbedingt will, im zweiten Fall unbedingt nicht will [16].

II. Man unterscheidet verschiedene Arten von Bedingungen und zwar: 1) Affirmative (positive, bejahende) und negative (verneinende) Bedingungen (§. 696 a. b. G. B.), je nachdem die bedingende Thatsache eine positive oder negative ist, das heißt je nachdem vom Eintreten oder Nichteintreten (Ausbleiben) eines Umstands das Dasein des Willens abhängig gemacht ist [17].

---

im letzteren Fall eine eigentliche Bedingung vorhanden (vgl. z. B. Mühlenbruch XLI §. 1458 Nr. 1, Savigny S. 125 fg. 161 fg., Fitting Nr. 12. 18. 19. 35 fg.): allein wie ich glaube mit Unrecht (vgl. auch Fitting selbst Nr. 36 a. E.): die dafür angeführten Stellen wie l. 37 l. 39 D. de R. C. l. 120 D. de V. O. lassen sich auch ganz gut erklären, wenn man die conditio in praesens vel praeteritum collata als eigentliche aber (in der Regel) sofort entschiedene ansieht (l. 37 cit. Cum ad praesens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet); auf l. 10 §. 1 D. de cond. inst. kann man sich deßhalb nicht berufen, weil die Einsetzung eines suus auch unter einer reinen Potestativbedingung gültig ist, vgl. auch Savigny §. 116 Note p und s. übrigens auch l. 51 §. 2 D. de acq. her. (29, 2). Die übrigen verschiedenen Erscheinungen bei den in die Gegenwart oder Vergangenheit oder in die Zukunft gestellten Bedingungen lassen sich ganz gut erklären, ohne daß man in jenen uneigentliche Bedingungen zu sehen braucht (doch kann dieß an diesem Ort nicht näher ausgeführt werden).

16) Wenn jemand unter einer Suspensivbedingung, die er als nothwendige, oder unter einer Resolutivbedingung, die er als unmögliche kennt, etwas verspricht, so liegt in der Hinzufügung der Bedingung ein Scherz: er will unbedingt; verspricht jemand unter einer Suspensivbedingung, die er als unmögliche, oder unter einer Resolutivbedingung, die er als nothwendige kennt, so ist das ganze Geschäft ein bloßer Scherz: er will unbedingt nicht (vgl. Savigny §. 121 Note h).

17) Auf die grammatische Fassung des Satzes kommt es nicht an, sondern lediglich darauf, ob ein Ereigniß eintreten oder ausbleiben soll; daher ist z. B. die Bedingung, wenn A ledig bleibt, wenn A in Wien bleibt, eine negative, die Bedingung, wenn A's erstes Kind nicht ein Knabe ist, eine positive; vgl. Helm §§. 14. 15.

2) Potestative, zufällige und gemischte Bedingungen (conditio potestativa, casualis, mixta), je nachdem die Erfüllung der Bedingung ganz allein vom Willen des bedingt Berechtigten abhängt, oder gar nicht, oder zugleich von seinem Willen und einem außer seiner Willkür liegenden Umstand[18]. Das charakteristische Kriterium der Potestativbedingung liegt sonach darin, daß die bedingende Thatsache in einer Handlung desjenigen besteht (conditio quae est in potestate ipsius), der auf den Fall ihrer Erfüllung erwerben soll[19]; diese Handlung kann eine materielle Handlung des Berechtigten[20], unter Umständen auch ein bloßes reines Wollen (si velit) desselben sein[21]. Die Bedingung ist nicht bloß dann eine zufällige, wenn ihre Erfüllung vom bloßen Zufall abhängt, sondern auch dann, wenn ihre Erfüllung lediglich von der Willkür eines Andern als des bedingt Berechtigten abhängt, da zufällig in Beziehung auf den Berechtigten alles heißt, was nicht von seinem Willen abhängt (vgl. oben §. 72 Note 3): dieser Andere kann der bedingt Verpflichtete oder ein Dritter sein. Ist es der bedingt Verpflichtete, von dessen Willen die Erfüllung der Bedingung abhängt, so kommt es darauf an, ob die bedingende Thatsache in einer materiellen Handlung, oder im bloßen Wollen (si velit) des Verpflichteten besteht. Im letzteren Fall ist das bedingte Rechtsgeschäft nichtig, weil eine Verpflichtung ohne Zwang auf dem Rechtsgebiet nicht existiren kann (neque debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus l. 7 pr. D. de C. E. vgl. Bd I §. 58 Note 15)[22]. Im ersten Fall ist die Hinzufügung

18) l. un. §. 7 C. de caduc. tollend. (6, 51) Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat—. Das bürgerl. Gesetzb. macht diese Unterscheidung nicht, sondern erwähnt nur gelegentlich (§. 699), daß die Erfüllung der Bedingung vom Zufall, dem Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängen kann.

19) Doch nennt man hin und wieder auch jene Bedingung, deren Erfüllung in der Willkür des bedingt Verpflichteten steht, eine Potestativbedingung; vgl. aber dagegen Arndts §. 67 Anm. 1.

20) Eine reine Potestativbedingung ist freilich nur dann vorhanden, wenn die fragliche Handlung eine negative ist, weil die Vornahme der positiven vereitelt werden kann; Savigny §. 117 Note g, Puchta Vorles. I S. 133.

21) Vgl. Note 9 und Savigny S. 128—130.

22) Dieß gilt sowohl bei Legaten, welche in das bloße Wollen des Erben gestellt sind (l. 43 §. 2 D. de leg. I. l. 11 §. 7 D. de leg. III; vgl. Savigny §. 117 Note k), als bei obligatorischen Verträgen (l. 17 l. 46 §. 3 l. 108 §. 1

der Bedingung vollkommen wirksam und das Geschäft besteht als bedingtes[23]: der bedingt Verpflichtete kann zwar durch seine Willkür die Erfüllung der Bedingung hindern, aber die Existenz seiner Verpflichtung hängt nicht lediglich von seinem Willen ab, indem dieselbe, sobald als er die als Bedingung gestellte Handlung vornimmt, vorhanden ist[24]. Ist es ein Dritter, von dessen Willkür die Erfüllung der Bedingung abhängt, so sind Verträge gültig, mag die Bedingung in einer materiellen Handlung oder in dem bloßen Willen (si velit) des Dritten bestehen; letztwillige Verfügungen aber (Erbeinsetzungen wie Legate) sind auch nach österreichischem Recht[25] ungültig wenn sie in das bloße Wollen eines Dritten gestellt sind (arg. §. 564 a. b. G. B.)[26].

3) Durch die Bedingung wird der Wille und hiermit das Rechtsgeschäft von einem bestimmten Umstand abhängig gemacht. Dieß kann auf doppelte Weise geschehen. Es kann nemlich das Dasein des das Rechtsgeschäft erzeugenden und tragenden Willens oder das Nichtdasein desselben von der Wirklichkeit eines Umstands abhängig gemacht werden. Im ersten Fall hängt das Wollen, also das Entstandensein des Rechtsgeschäfts, im zweiten Fall das Nichtwol-

---

D. de V. O. l. 7 pr. D. de C. E. l. 8 D. de O. et A.). Das a. b. G. B. spricht diese Regel zwar nicht ausdrücklich aus, wie dieß das A. L. R. I 4 §. 108 thut, aber sie ergibt sich schon von selbst aus der Fassung des §. 904. Sollte später durch das Wollen des Promittenten das Geschäft dennoch zu Stande kommen, so ist es ein neues Geschäft, welches erst von dieser Zeit datirt (vgl. Wächter §. 92 Note 11). (Von dieser Regel macht aber auch der Kauf ad gustum l. 34 §. 5 D. de C. E. §. 4 I. 3, 23 §. 1080 a. b. G. B. nicht „eine ganz einzelne Ausnahme" wie Savigny § 117 Note i meint.) — In diesen Fällen macht sich der Wille vom Willen selbst abhängig (volo, si volam; volo, nisi noluerim; vgl. Fitting Nr. 28 der deßhalb in die Definition der Bedingung das Moment der Äußerlichkeit des bedingenden Umstands aufnimmt.

23) Dieß gilt sowohl bei Legaten (l. 3 D. de leg. II) als bei Verträgen (l. 7 pr. cit. l. 27 §. 1 l. 115 §. 1 l. 121 D. de V. O.); vgl. Savigny S. 132 und gegen Sintenis' abweichende Ansicht Wächter §. 92 Note 11.

24) l. 3 cit. Si ita legetur, heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate ejus sit ascendere vel non ascendere. Vgl. Gans Erbrecht II S. 158 fg.

25) Über das röm. Recht (l. 32 pr. D. de her. inst. l. 68 eod. l. 52 D. de condit. et demonstr.) vgl. insbes. Vangerow II §. 432 Anm., und Savigny S. 133. 134.

26) In die materielle Handlung eines Dritten kann aber die Bedingung sowohl bei Erbeinsetzungen als Legaten allerdings gültig gestellt werden; l. 68 D. de her. inst. (28, 5) l. 52 D. de condit. (35, 1). Das Nähere im Erbrecht.

len, also der Nichtbestand eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts von der Wirklichkeit des betreffenden Umstands ab[27]. Eine Bedingung, welche das Entstandensein, also die Existenz eines Rechtsgeschäfts von der Wirklichkeit eines Umstands abhängig macht, heißt Suspensivbedingung[28] (s. g. aufschiebende Bedingung); eine Bedingung, welche die Auflösung, also die Nichtexistenz eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts von der Wirklichkeit eines Umstands abhängig macht, heißt Resolutivbedingung[29] (s. g. auflösende Bedingung §. 696 a. b. G. B.). Weder die Suspensivbedingung noch die Resolutivbedingung schieben etwas auf oder hinaus[30]; dagegen ist in beiden Fällen etwas in suspenso, im ersten Fall die Existenz, im zweiten Fall die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts[30a].

27) Wenn z. B. jemand etwas unter der Bedingung kauft, daß dieses oder jenes Ereigniß eintreten sollte, so hängt die Existenz des Kaufs von der Erfüllung dieser Bedingung ab; kauft dagegen jemand etwas unter der Bedingung, daß der Kauf als nicht geschlossen zu betrachten sei, wenn dieses oder jenes Ereigniß eintreten sollte, so hängt der Bestand des Kaufgeschäfts davon ab, daß jenes Ereigniß nicht eintritt, resp. der Nichtbestand, die Auflösung des geschlossenen Kaufs davon, daß jenes Ereigniß eintritt.

28) Die Formel für die Suspensivbedingung ist: ich will (z. B. gekauft, Eigenthum bestellt, den A zum Erben eingesetzt haben) wenn (falls) ein gewisser Umstand eintritt resp. ausbleibt. — Vgl. auch die weitläufigen Ausführungen von Götting Über das Wesen der Suspensivbedingung in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd I (1845) Nr. VI, S. 240—346.

29) Die Formel für die Resolutivbedingung ist: ich will, wenn nicht (falls nicht), also: ich will nicht, wenn (falls) ein gewisser Umstand eintritt resp. ausbleibt. — (Die Formel für die negative Suspensivbedingung unterscheidet sich von der Formel für die Resolutivbedingung dadurch, daß für jene die Formel lautet: ich will wenn —; das nicht steht hierbei in der Thatsache, im Ausbleiben eines Umstands, nicht in dem wenn, wie dieß bei der Resolutivbedingung immer stattfindet (nisi); vgl. Windscheid in der Note 56a angef. Abh. S. 24 Note 3.)

30) In der Regel nimmt man freilich (insbes. seit Thibaut's Ausführungen in den Civil. Abhandl. S. 359 fg.) an, daß sowohl die Suspensivbedingung als die Resolutivbedingung etwas hinausschiebe, die Suspensivbedingung den Eintritt des Rechts (§. 696 a. b. G. B.), den Anfang der Wirksamkeit des Geschäfts, die Resolutivbedingung die Vernichtung des zur Existenz gekommenen Rechts, die Wiederauflösung des Geschäfts: allein so allgemein dieß auch behauptet wird (vgl. z. B. Savigny §. 120 Note 1, Wächter §. 92, Arndts §. 67), so ist dieß dennoch unrichtig (vgl. auch Fitting Nr. 23) und verrückt den Standpunkt, von dem aus die Frage über die Rückwirkung der erfüllten Bedingung allein mit Sicherheit gelöst werden kann (Nr. IV): hinausgeschoben ist höchstens die Entscheidung, die Gewißheit über den Bestand oder Nichtbestand des Geschäfts; vgl. auch Note 75a.

30a) In den Quellen heißt es von einem unter einer Resolutivbedingung ge-

III. Die Bedingung ist erfüllt[32] (conditio existit), wenn der als Bedingung gesetzte Umstand sich verwirklicht hat; somit, falls die Bedingung eine affirmative war, wenn das fragliche Ereigniß eingetreten ist, falls sie eine negative war, wenn es gewiß ist, daß das fragliche Ereigniß ausbleiben wird[32]. Ist die Nichtverwirklichung des als Bedingung gesetzten Ereignisses entschieden, so ist die Bedingung vereitelt (conditio deficit[33]). So lange weder das Eine noch das Andere entschieden ist, so lange also der Eintritt des die Bedingung bildenden Umstandes ungewiß ist, schwebt die Bedingung (conditio pendet l. 213 pr. D. de V. S.).

Eine Bedingung ist nur dann als erfüllt anzusehen, wenn sie genau in der Weise sich verwirklicht hat, wie es von dem Verfügenden festgesetzt wurde (§. 699 a. b. G. B.[34]) Diese Regel gilt nach österreichischem Recht (§. 699) auch in dem Fall, wenn derjenige, aus Rücksicht auf welchen die Bedingung hinzugefügt wurde, die Erfüllung hindert, indem er die seinerseits erforderliche Einwilligung oder Mitwirkung verweigert: in diesem Fall ist die Bedingung vereitelt

---

schlossenen Geschäft, es sei ein negotium purum quod sub conditione resolvitur, l. 2 pr. D. de in diem add (18, 2) l. 1 D. de leg. commiss. (18, 3) l. 2 §. 4 D. pro emt. (41, 4). — Die herrschende Lehre sieht das unter einer Resolutivbedingung geschlossene Geschäft als ein unbedingtes Hauptgeschäft mit einem Nebengeschäft auf Auflösung an: diese Auffassung ist aus der unrichtigen Ansicht, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung sei, hervorgegangen (Note 3): die auflösende Bedingung inhärirt der Willenserklärung ebenso wie die aufschiebende, so daß die Willenserklärung ohne dieses ihr inhärirende Moment gar nicht gedacht werden kann (vgl. insbes. Windscheid a. a. O.); es sind nicht zwei Geschäfte vorhanden, sondern ein einziges Geschäft, dessen Existenz jedoch in Frage steht. Jene unrichtige Auffassung hat zu praktisch wichtigen Irrthümern Veranlassung gegeben, indem man annimmt, daß bei einer unmöglichen oder unsittlichen Resolutivbedingung „nur das Nebengeschäft über den Rückfall vernichtet werde," das Hauptgeschäft aber aufrecht bleibe, nach dem Grundsatz utile per inutile non vitiatur (vgl. z. B. Savigny S. 193, Vangerow I S. 157, Harum im Magazin Bd VI Nr. IX); das Nähere hierüber im besondern Theil; vgl. auch unten Note 94.

31) Vgl. Mühlenbruch Bd XLI §. 1462, Savigny §§. 118. 119.

32) l. 115 §. 1. 2 D. de V. O. (45, 1).

33) War die Bedingung eine affirmative, so ist die Bedingung vereitelt, wenn das fragliche Ereigniß, dessen Eintritt als Bedingung gesetzt war, nicht eingetreten ist oder es gewiß ist, daß dasselbe nicht eintreten werde (cf. l. 99 §. 1 D. de V. O.); war die Bedingung eine negative, so ist sie vereitelt, wenn dasjenige geschehen ist, dessen Ausbleiben zur Bedingung gemacht wurde; vgl. Code civ. a. 1176. 1177.

34) l. 23 l. 44 pr. §. 1—3 D. de condit. et demonstr. (35, 1) l. 129 D. de V. O. vgl. Code civ. a. 1175.

und findet nach österreichischem Recht[35] eine Fiction der Erfüllung der Bedingung nicht statt. Ebensowenig findet eine solche Fiction in dem Fall statt, wenn der bedingt Berechtigte zur Erfüllung der Bedingung bereit war und von seiner Seite alles aufgeboten hatte, die Bedingung zu erfüllen, durch äußere Umstände aber die wirkliche Erfüllung der Bedingung vereitelt wurde[36]. Nur in dem einen Fall ist auch nach österreichischem Recht[37] die Bedingung als erfüllt anzusehen, obgleich sie es in der That nicht ist, wenn derjenige, dem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht, die Erfüllung absichtlich auf eine der Intention der Verfügung zuwiderlaufende Weise[38] hindert[39]. (Jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset l. 161 D. de R. J. = l. 14 D. de condit. et demonstr.) Diese Fiction der Erfüllung findet sowohl bei letztwilligen Verfügungen[40] als bei Verträgen[41] statt.

N e g a t i v e Bedingungen sind erst dann erfüllt, wenn die bedingende Thatsache, an deren Ausbleiben die Existenz des Rechtsgeschäfts geknüpft ist, nicht mehr eintreten kann: so lange sich das factum contrarium noch ereignen kann, schwebt die Bedingung. Negative Bedingungen sind somit erst dann als erfüllt zu betrachten,

---

35) Ebenso nach preuß. Recht (A. L. R. I 4 §§. 112. 113); anders nach röm. Recht, l. 24 D. h. t. (die Lesart dieser Stelle ist jedoch ungewiß, A r n d t s §. 69 Anm. 2), l. 23 D. de condit. instit. (28, 7), l. 11 eod.; vgl. hierüber S a v i g n y S. 138—140, W i n d s c h e i d Voraussetzung S. 185, V a n g e r o w II §. 435 Anm. 2 Nr. 1.

36) Nach gemeinem Recht ist es streitig, ob und in welchem Umfang in diesem Fall eine Fiction der Erfüllung der Bedingung stattfinde; vgl. S a v i g n y S. 142—148, V a n g e r o w II §. 435 Anm. 2 Nr. 2, A r n d t s §. 66 Anm. 3.

37) Dieser Ansicht ist auch Z e i l e r II S. 667. III S. 82 (a. A. S t u b e n r a u c h II S. 537); dieselbe Bestimmung spricht der Code civ. a. 1778 und (jedoch mit Beschränkungen) das A. L. R. I 4 §. 104—107 aus.

38) Über diese Beschränkung (cf. l. 38 D. de statu l. 40, 7) vgl. S a v i g n y S. 141 und insbes. W ä c h t e r §. 93 Note 5; wenn daher die Bedingung in eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellt ist und er hindert durch sein Thun oder Unterlassen ihre Erfüllung, so findet jene Fiction nicht statt.

39) Z. B. A setzt den B zum Erben ein und vermacht dem C 1000 Gulden unter der Bedingung, daß er des Erblassers Portrait dem B gebe und B verweigert die Annahme l. 66 §. 1 D. h. t.

40) l. 66 §. 1 l. 81 l. 110 D. h. t. l. 5 §. 5 D. quando dies (36, 2) l. 3 §. 9 D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4).

41) l. 85 §. 7 D. de V. O. l. 50 D. de C. E.

wenn sie auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind und diese Zeit abgelaufen ist, ohne daß die betreffende Thatsache eingetreten ist; oder wenn das Eintreten des fraglichen Ereignisses unmöglich geworden ist; oder wenn, falls die Bedingung eine Potestativbedingung war, der bedingt Berechtigte gestorben ist, ohne die fragliche Handlung vorgenommen zu haben [42].

Den hieraus entstehenden Unzukömmlichkeiten hat das positive Recht bei letztwilligen Verfügungen in verschiedener Weise abgeholfen; das römische Recht, indem es den unter einer negativen Potestativbedingung eingesetzten Erben oder Legatar durch Leistung der Mucianischen Caution, welche die Rückgabe des Empfangenen sammt allen Früchten für den Fall einer künftigen Vereitlung der Bedingung sicher stellt, sogleich in den Genuß des zugedachten Rechts treten läßt [43]; das österreichische Recht, indem es in diesem Fall [44] die aufschiebende verneinende [45] Bedingung in die entgegengesetzte auflösende verwandelt (§. 708) und den unter einer negativen Suspensivbedingung Bedachten als Fiduciarerben oder Legatar behandelt, welcher im Falle, daß die negative Suspensivbedingung deficirt, respective die Resolutivbedingung, in welche sie verwandelt wurde, erfüllt wird, die Erbschaft oder das Legat dem fideicommissarisch Substituirten hinausgeben muß [46].

---

42) Savigny S. 137.

43) Über die Mucianische Caution vgl. Arndts Beiträge I S. 187 fg. R. L. Bd III S. 931—934, Mühlenbruch Bd XLI §. 1464, Vangerow II §. 436.

44) Bei Verträgen findet eine solche Verwandlung nicht statt, da dieß der Intention der Parteien, worauf hier Alles ankommt (cf. l. 31 D. de O. et A.) nicht gemäß wäre §. 4 I. 3, 15 Glück IV S. 492 Note 76, Stubenrauch III S. 71 (nur finde ich dasjenige unrichtig, was Stubenrauch am Schluß der Ziff. 8 sagt), a. A. jedoch Zeiller III S. 83.

45) Das bürgerl. Gesetzb. (§. 708) unterscheidet nicht weiter, ob die negative Bedingung eine potestative ist oder nicht, sondern stellt für alle Fälle der verneinenden Bedingung, also auch wenn es sich um eine conditio mixta oder casualis handelt, die gleiche Regel auf; hierin aber geht das Gesetzbuch wohl weit über die Grenzen des Bedürfnisses hinaus: warum soll die gleiche Begünstigung in dem Fall eintreten, wenn A unter der Bedingung zum Erben eingesetzt ist, daß er die B nicht heirathe (cf. l. 106 D. h. t. l. 72 §. 2 l. 73 l. 101 §. 3 eod.) oder gar unter der Bedingung, daß der C die D nicht heirathe, daß der E nicht außer Landes gehe, daß der F nie in Militärdienste tritt u. s. f.?

46) Die Folge dieser Auffassung besteht unter andern darin, daß der bedingt Honorirte die Früchte der Zwischenzeit behält; die Gleichstellung der verneinenden aufschiebenden Bedingung mit der auflösenden auch in diesem Punkt dürfte sich

Ist bei positiven Bedingungen die als Bedingung gesetzte in einer Handlung des Bedachten[47] bestehende Thatsache von der Art[48], daß sie sich nicht leicht öfters wiederholen läßt, so ist es genug, daß sie einmal sich realisire, also bei Testamenten auch, wenn diese Realisirung noch vor dem Tode des Testators geschehen ist[49]. Bei solchen Ereignissen jedoch, welche eine öftere und willkürliche Wiederholung zulassen (conditiones promiscuae[50] l. 11 §. 1 D. de cond. et demonstr.), ist die Wiederholung der Handlung nach dem Abschluß des Vertrags oder nach dem Tod des Erblassers (als Beweis des Gehorsams) nöthig, wenn dieselbe Handlung auch früher schon einmal geschehen sein sollte (§§. 701. 899 a. b. G. B.[51]).

Auf die Erfüllung einer Bedingung kann nicht geklagt werden[52]. Der Beweis der Erfüllung liegt demjenigen ob, der die geschehene Erfüllung behauptet: eine Rechtsvermuthung für die Erfüllung einer Bedingung existirt nicht[53].

IV[54]. So lange die Suspensivbedingung schwebt, ist es ungewiß ob der zum Rechtsgeschäft erforderliche Wille, somit die-

---

wohl nicht rechtfertigen lassen (vgl. dagegen l. 78 §. 2 D. h. t. l. 76 §. 7 D. de leg. II); das Nähere im Erbrecht.

47) Denn bei andern Bedingungen, welche von einem Willensact des Honorirten ganz unabhängig sind (z. B. si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit) kommt es auf den Zeitpunkt der Erfüllung nicht weiter an, l. 2 l. 10 §. 1 l. 11 D. h. t.

48) Vgl. Savigny S. 136, Mühlenbruch §. 1463 S. 229—236, Vangerow II §. 435 Anm. 1 Nr. 1.

49) Z. B. si nupserit, si liberos susceperit l. 10 pr. l. 19 pr. l. 61 l. 67 l. 91 D. h. t. Ist die Bedingung schon zur Zeit der Testamentserrichtung eingetreten und der Testator weiß dieß nicht, so gilt sie als erfüllt (l. 10 §. 1 l. 11 pr. D. h. t.); weiß dieß aber der Erblasser und ist eine Wiederholung möglich (z. B. wenn A heirathet), so muß diese abgewartet werden (l. 9 l. 11 pr. l. 68 D. h. t.), ist eine Wiederholung unmöglich, so ist die Bedingung als unmögliche zu betrachten und vernichtet daher die Verfügung (§. 698).

50) Über diesen Ausdruck vgl. Mühlenbruch Bd XXXVI S. 357 Note 8.

51) Z. B. si decem dederit, si Capitolium ascenderit l. 2 l. 11 §. 1. D. h. t.

52) l. 41 pr. D. de C. E. — si vero sub conditione facta emptio est, non poterit agi ut conditio impleatur.

53) Die l. 10 §. 1 D. de reb. dub. (34, 5) enthält eine singuläre Vorschrift, die sich aus dem bekannten favor libertatis erklärt; vgl. Mühlenbruch Pandekt. §. 109 Note 5, Arndts §. 69 Anm. 3.

54) Vgl. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen im Allgemeinen (1839) vgl. dazu die „streng rich-

ses selbst, vorhanden sei oder nicht[55]; deficirt die Suspensivbedingung, so ist es nunmehr entschieden, daß das Rechtsgeschäft nicht existire[56]; ist die Suspensivbedingung erfüllt[56a], so ist nunmehr gewiß, daß das Rechtsgeschäft vorhanden sei. In diesem letzten Fall entsteht aber die wichtige Frage, welche seit jeher Gegenstand der lebhaftesten Erörterung war, von welchem Augenblick an das Rechtsgeschäft als bestehend zu betrachten sei: kommt das Rechtsgeschäft, wenn die Suspensivbedingung in Erfüllung geht, erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung an zu Stande, oder ist es als bereits von der Zeit der Willenserklärung an bestehend anzusehen? Man pflegt diese Frage auch dahin zu formuliren: wird die erfüllte Suspensivbedingung auf die Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zurückbezogen oder nicht? hat die erfüllte Suspensivbedingung rückwirkende Kraft oder nicht? Diese Frage hat das österreichische Gesetzbuch[57] principiell nicht gelöst[58]: daraus, wie es die suspensivbe-

---

tende" Recension von Ihering in den krit. Jahrb. Bd XII (1847) S. 865 fg. — An diesem Ort kann nur die Wirkung der Bedingungen im Allgemeinen dargestellt werden: eine Durchführung des Princips bei den einzelnen Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen ist im besondern Theil bei den betreffenden Lehren zu geben.

55) Aber auch dieser Zustand der Ungewißheit erzeugt insbesondere bei Obligationen für diese Zwischenzeit eigenthümliche Wirkungen (worüber das Nähere im besondern Theil) vgl. Wächter S. 696 fg., Vangerow I S. 162, Brackenhöft „Der Zustand der bedingten Obligation" in der Gieß. Zeitschr. Bd IX Nr. V. VI.

56) l. 19 D. de her. vend. (18, 4) — deficiente conditione nullam esse venditionem l. 4 §. 2 D. de pact. l. 37 i. f. D. de C. E. l. 21 i. f. D. de solut. — nec debitor fuisse videbitur — quia conditio — deficit. l. 63 §. 7 i. f. D. ad Sc. Treb. (36, 1) Utique autem testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, neque per hunc illi voluit restitui hereditatem.

56a) Vgl. Windscheid Die Wirkung der erfüllten Bedingung, eine akadem. Gelegenheitsschrift (1851. 80 SS.).

57) Das franzöſ. Gesetzb. (a. 1179) und alle sich an dasselbe anlehnenden Gesetzbücher haben der erfüllten Bedingung ausdrücklich rückwirkende Kraft zugeschrieben (vgl. Windscheid in der angef. Abh. S. 4); das preuß. Landr. schweigt über die Wirkung der erfüllten Suspensivbedingungen (vgl. Note 74 a. E.) vgl. jedoch Koch Lehrb. des preuß. Privatr. I §. 119 Nr. 2 (der aber in dieser Beziehung vielfach unbefriedigend ist).

58) Aus dem Satz des §. 1083 „die Wirklichkeit des Vertrags bleibt bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben" läßt sich weder für noch gegen die Rückwirkung der erfüllten Suspensivbedingung ein Schluß ziehen, da Wirklichkeit so viel als Existenz bedeutet und die Frage eben die ist, von welchem Moment an das durch die Erfüllung der Bedingung sich als wirklich (existent) erweisende Geschäft

dingten Erbeinsetzungen behandelt (§. 707), läßt sich ein allgemeiner Schluß nicht ziehen, da die Bestimmung des §. 707 in offenbarer Weise aus Rücksicht auf die Totalauffassung und Gesammtbehandlung bedingter letztwilliger Verfügungen überhaupt (§§. 707. 708, vgl. auch Note 73. 74) hervorgegangen ist. Es ist somit Sache der Theorie jene Frage zu lösen[59]: dazu wird folgende Erwägung den Weg bahnen. Wenn jemand seinen Willen unter einer Suspensivbedingung erklärt, also ein Rechtsgeschäft unter einer Suspensivbedingung errichtet, so setzt er seinen Willen, aber er macht das Gesetztsein desselben noch von einem bestimmten Umstand abhängig: das Rechtsgeschäft ist abgeschlossen, aber die Existenzfrage ist davon abhängig gemacht, daß ein bestimmter Umstand wirklich sei. Erweist sich nun der fragliche Umstand als wirklich, so ist die Ungewißheit hinweggefallen: es steht fest, daß der damals gesetzte Wille, das damals errichtete Rechtsgeschäft existire. Durch die Erfüllung der Bedingung wird also nur die bisherige Ungewißheit über das Entstandensein oder Nichtentstandensein des Geschäfts beseitigt[60]. Die Erfüllung der Bedingung bringt das Rechtsgeschäft nicht erst zur Exi-

---

existire. Dagegen liegt in der Bestimmung des §. 438 eine sehr bestimmte Anerkennung der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung.

59) Die communis opinio geht dahin, daß die erfüllte Suspensivbedingung zurückbezogen werde, doch herrscht über die Art der Begründung, ja selbst über die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Rückziehung, Verschiedenheit der Ansichten (vgl. Note 63. 64). Nachdem bereits früher das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung von Kritz Pandektenrecht Thl I Bd 3 S. 336 fg., Schweppe Privatr. I §. 119 Nr. 3 und Bluhme Encyclopädie Thl II §. 69 in Abrede gestellt worden war, hat in neuester Zeit Windscheid in der angeführten Abhandlung in scharfsinniger Weise dieses Dogma in Ansehung der erfüllten Suspensivbedingung angegriffen, allein mit Gründen, die doch wohl nicht stichhaltig sind (vgl. Note 62. 65); gegen Windscheid haben sich bereits Arndts §. 71 Anm. 3 und Fitting erklärt; von letzterem Schriftsteller steht eine ausführliche Abhandlung über die Rückwirkung der erfüllten Bedingung in Aussicht: als eine vorbereitende Schrift erschien Fitting Über den Begriff der Rückziehung (1856 120 SS.) wozu die Recension von Windscheid in der Heidelb. kritisch. Zeitschr. Bd IV S. 35—53 und die (während der Drucklegung dieses Bogens mir zugekommene) belehrende Recension von Scheurl in der krit. Überschau Bd V Heft 1 S. 24—46 zu vergleichen ist.

60) Es gilt also auch für diesen Fall der Ausspruch des Paulus l. 98 §. 3 D. de sol. (46, 3) Utique quid fuerit, eventus declarat; estque et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarant und des Marcian. l. 15 D. de reb. dub. (34, 5) Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet quod actum est; vgl Fitting Wesen der Rückziehung Nr. 80 (s. jedoch Windscheid krit. Zeitschr. S. 39 u. Scheurl S. 24 fg.).

stenz, sie purificirt nur das Rechtsgeschäft, indem sie den Zweifel behebt, ob das abgeschlossene Geschäft wirklich zur Existenz gelangt sei oder nicht[61]. Wer seinen Willen unter einer aufschiebenden Bedingung erklärt, der erklärt nicht, er werde den zu dem betreffenden Rechtsgeschäft erforderlichen Willen dann setzen, wenn dieses oder jenes Ereigniß eintreten sollte, sondern der setzt jetzt seinen Willen, und macht dessen Dasein nur noch von einem Umstand abhängig. Wer ein Rechtsgeschäft bedingt errichtet, der erklärt nicht, er werde das Rechtsgeschäft dann abschließen, wenn u. s. w., sondern der will das Rechtsgeschäft auf einen gewissen Fall abgeschlossen haben. Die Formel für den suspensiv bedingten Willen ist nicht: ich will dann wollen (z. B. kaufen, Eigenthum bestellen, zum Erben einsetzen) wenn[62] —, sondern, ich will gewollt haben (z. B. gekauft, Eigenthum bestellt, zum Erben eingesetzt haben) wenn —. Somit ergibt sich aus der Natur der bedingten Willenserklärung[63], daß das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft nicht erst vom Moment der Erfüllung der Bedingung an zu Stande kommt, sondern daß es vom Augenblick des Abschlusses an datirt[64]. Der

61) Sehr treffend sagt Fitting Wesen der Rückziehung S. 118: „Wir dürfen nicht, wie gewöhnlich geschieht, sagen: erst die Erfüllung der Bedingung bringe das Rechtsverhältniß zur Entstehung, sie sei das eigentlich Wirkende und es werde dann nur die Wirkung als bereits rückwärts vorhanden angenommen. Vielmehr können wir im Eintritt der Bedingung juristisch nur den Erkennungsgrund sehen, der uns zeigt, daß eine andere in der Vergangenheit liegende Thatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist" (vgl. jedoch Scheurl S. 32 fg. S. 46).

62) Windscheid in der angef. Abh. S. 4 irrt darin, daß er die Formel: ich will wenn — dahin interpretirt, daß sie bedeute: ich will dann, wann —, (vgl. dagegen auch Fitting im Archiv Note 57) und auf diese Weise die conditio dem dies opfert, während nur so viel richtig ist, daß häufig dies und conditio nebeneinander zur Geltung kommen; vgl. unten Note 72.

63) Es ist somit nicht der vermuthete Wille der Parteien der Grund der Rückziehung der erfüllten Bedingung, wie von den Vertheidigern des Dogma's der Rückwirkung ebenso häufig (vgl. z. B. Puchta Instit. II S. 342, Vangerow I S. 163, Götting in der angef. Abh. S. 268 fg., Wächter S. 704 fg., Sintenis Handb. des gem. Pfandr. S. 369, vgl. auch Windscheid in der angef. Abh. S. 5 Note 4) als mit Unrecht (vgl. dagegen Fitting Wesen der Rückziehung Note 83 im Archiv Note 50) behauptet wird.

64) Der Erkenntniß dieses einfachen Sachverhalts ist bisher größtentheils der Umstand im Weg gestanden, daß man bei der Frage über die Rückziehung der erfüllten Bedingung immer nur an die s. g. eigentlichen Bedingungen (Note 5) dachte. Man nehme aber nur einmal die nothwendige Bedingung: hier zweifelt niemand, daß das Geschäft vom Moment des Abschlusses datirt (vgl. Note 14), weil schon

herrschenden Terminologie zufolge: die erfüllte Suspensivbedingung wird retrotrahirt, sie hat rückwirkende Kraft[65]. Daher ist das suspensiv-bedingt geschlossene Geschäft, wenn später die Bedingung in Erfüllung geht, nach den Gesetzen der

---

in diesem Moment alle Ungewißheit behoben ist: daß nun der Ausgang eines künftigen möglichen Umstands längere Zeit ungewiß bleibt, hat seinen Grund lediglich in der Beschränktheit menschlicher Einsicht und Voraussicht (cf. l. 28 §. 5 D. de jud. 5, 1); gäbe es einen Propheten, der den künftigen Erfolg mit Bestimmtheit voraussagen könnte, so wäre auch ein solches Geschäft, wie das unter einer nothwendigen Bedingung geschlossene, sofort so wirksam, als wäre es unbedingt geschlossen worden (cf. l. 9 §. 1 D. de novat.): der Moment, in welchem man über die Existenz des Geschäfts Gewißheit erlangt, kann für die Frage, von welchem Moment an das Geschäft existire, nicht maßgebend sein. Dieß hat schon Leibnitz in seiner Abhandlung über die Bedingungen (Doctrina conditionum Opp. omn. tom. IV pars III p. 92 sq.) auf deren Bedeutung neuestens Fitting im Arch. Nr. 1 aufmerksam gemacht hat, sehr treffend hervorgehoben p. 154 sq. — Zur Verkennung dieser naturgemäßen Auffassung und Erklärung hat ferner der Umstand viel beigetragen, daß man die Suspensivbedingung gewöhnlich als aufschiebende Bedingung ansieht, wodurch die anfängliche Existenz des Rechtsgeschäfts, das Existentwerden des Rechtsverhältnisses, der Eintritt des Rechts bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben werde (Note 30): dann mußte es freilich als Singularität erscheinen, wenn das bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschobene Rechtsgeschäft in dem Moment des Eintritts wieder zurückgeschoben werde. Thibaut (a. a. O. S. 366) meinte daher auch, es lasse sich „kaum ein mittelmäßig guter Grund" für diese „Sonderbarkeit" des römischen Rechts angeben und auch Sell in der angef. Schrift S. 101 fg. erklärte, es werde sich wohl nie mit völliger Bestimmtheit angeben lassen, warum die Römer diesen Satz angenommen hätten! — Von dem hier eingenommenen Standpunkt erklärt sich die Rückziehung der erfüllten Bedingung als aus dem Wesen der Bedingung von selbst folgend: es kann daher auch nicht von einer Fiction die Rede sein, indem nicht ein Geschäft, welches bis zur Erfüllung der Bedingung in der That nicht bestanden hat, dann wenn die Bedingung in Erfüllung geht, so angesehen wird, als hätte es in der Zwischenzeit bestanden, sondern durch die Erfüllung der Bedingung nur die Gewißheit hergestellt wird, daß das Geschäft vom Moment seines Abschlusses an bestanden habe. (Vgl. auch Leibnitz p. 149: Explicant vulgo retrotractionem in condicionibus per fictionem, quasi conditio, ubi exstitit, ab initio dispositionis jam exstitisse fingatur: sed hoc supervacaneum est.)

65) Dieß sagen denn auch manche Stellen des römischen Rechts mit großer Bestimmtheit z. B. l. 8 pr. D. de peric. (18, 6) — quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum (über das quasi in dieser Stelle vgl. Windscheid in der angef. Abh. S. 16. 17) l. 11 §. 1 D. qui potior. (24, 4) — cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. l. 26 D. de stipul. serv. 45, 3) l. 16 D. de solut. (46, 3) l. 27 D. pro soc. (17, 2); das Gewicht dieser und anderer Stellen hat Windscheid S. 13 vergeblich zu beseitigen gesucht.

Zeit seines Abschlusses zu beurtheilen (Bd I §. 20 Nr. 3), obgleich immerhin die Frage, ob die zur Existenz des Geschäfts nothwendigen Erfordernisse[66], welche das Object[66a] desselben betreffen[67], vorhanden sind, nach dem Zeitpunkt, in welchem die Bedingung in Erfüllung geht, zu beurtheilen ist[68]. Daher datiren ferner

66) Vgl. Vangerow S. 166, Wächter S. 710, Arndts §. 71.

66a) Sind diese objectiven Erfordernisse im Moment der Erfüllung der Bedingung begründet, so ist das Geschäft gültig, wenn es auch zur Zeit des Abschlusses an einem solchen Erforderniß gefehlt haben sollte. Dieser Grundsatz gilt sowohl bei Legaten (regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet l. 3 l. 4 D. de reg. Caton. 34, 7 l. 41 §. 2 D. de leg. I), als bei Geschäften unter Lebenden: wenn man sich daher seine eigene Sache unter einer Bedingung versprechen läßt, so ist der Vertrag gültig, wenn nur im Augenblick der Erfüllung der Bedingung die Sache nicht mehr in unserm Eigenthum steht (l. 31 l. 98 pr. D. de V. O. l. 61 D. de C. E. l. 41 §. 2 D. de leg. I), während der Vertrag nichtig wäre, wenn es in dieser Beziehung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankäme (l. 16 pr. D. de C. E. l. 45 pr. D. de R. J.). Umgekehrt dagegen ist das ganze Geschäft nichtig, wenn es zwar nicht zur Zeit des Geschäftsabschlusses, wohl aber zur Zeit der erfüllten Bedingung an einem solchen Erforderniß fehlt: daher wird insbesondere der Vertrag nichtig, wenn das Object desselben pendente conditione durch Zufall zu Grunde ging l. 8 pr. D. de peric. (18, 6) l. 10 §. 5 D. de J. D. (23, 3) l. 14 pr. l. 31 pr. D. de novat. (46, 2); vgl. Wächter im Arch. für die civil. Prax. Bd XV S. 200 Note 21, Vangerow III S. 238. 239. Diese Grundsätze kommen auch bei Verträgen über res quarum commercium quis non habet (vgl. Bd I S. 370. 371) zur Anwendung.

67) Was die subjectiven Erfordernisse und zwar die Rechtsfähigkeit der betreffenden Personen betrifft, so kommt es in der Regel sowohl auf die Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts als auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung an (vgl. z. B. l. 14 §. 1 i. f. D. de novat. l. 26 D. de stip. serv. 45, 3 l. 49 §. 1 l. 59 §. 4 D. de her. inst. 28, 5 §. 4 I. de her. qual. 2, 19); die Handlungsfähigkeit dagegen wird immer nur nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts beurtheilt (zu allgemein ist daher dasjenige, was Vangerow I S. 167 sagt, und einseitig, was Windscheid S. 10 hierüber bemerkt).

68) Auf die in Note 66a angeführten Stellen, insbes. auf l. 8 pr. cit. hin läugnet Windscheid S. 87 fg. die Rückziehung der erfüllten Suspensivbedingung. Allein es ist nicht absolut unstatthaft, für die Frage, ob ein Geschäft Wirksamkeit haben könne oder nicht, nicht auf die Zeit des Geschäftsabschlusses sondern auf einen spätern Zeitpunkt Rücksicht zu nehmen (vgl. auch Fitting Wesen der Rückziehung Nr. 18; nur kann der dort versuchte Beweis nicht als erbracht angesehen werden, vgl. Windscheid in der krit. Zeitschr. S. 39. 40). Einen sprechenden Beweis dafür bietet der Kauf künftiger Sachen (emtio rei futurae Bd I §. 45 Note 32): kommt die Sache später zur Existenz, so gilt der Kauf nicht als in diesem Moment geschlossen, sondern er datirt von der Zeit des Abschlusses des Geschäfts an, obgleich damals das objective Erforderniß — Existenz des Kaufgegenstands — fehlte: l. 8 pr. D. de C. E. Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi: et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut cum editus esset partus, jam tunc (cum contractum esset nego-

die Wirkungen des bedingten Geschäftes, wenn später die Bedingung in Erfüllung geht, vom Augenblick des Geschäftsabschlusses nicht erst vom Momente der Erfüllung der Bedingung: die bedingte Forderung ist als im Moment des Vertragsabschlusses erworben zu betrachten[69], und die bedingte Tradition gewährt dem Empfänger Eigenthum vom Momente der Tradition an[70]. Die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung kann selbst durch den Willen der Parteien nicht beseitigt werden[71]: was sie bewirken können ist nur dieß,

---

tium) venditio facta intelligatur — (diese Stelle ist zugleich ein evidenter Beleg, wie unrichtig es ist, wenn man gewöhnlich als Besonderheit der conditiones juris behauptet, daß bei denselben keine Rückziehung stattfinde). Auch liegt jene Behandlungsweise in der Natur der Sache: wer einen Gegenstand unter einer Suspensivbedingung kauft, der erklärt, er wolle diesen Gegenstand gekauft haben, wenn dieses oder jenes Ereigniß eintreten sollte; geht nun vor diesem Eintritt die Sache zu Grunde, so muß auch der Satz: ich will diesen (gar nicht mehr existirenden) Gegenstand gekauft haben, wenn — also das ganze Geschäft zusammenfallen.

69) l. 78 pr. D. de V. O. — in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus (cf. l. 144 §. 1 D. de R. J.) l. 18 D. de R. J. l. 40 D. de stip. serv. (45, 3). Fällig wird die Forderung aber natürlich erst mit Eintritt der Bedingung, indem es sich erst jetzt herausstellt, daß eine Obligatio, also die Verbindlichkeit zu leisten, besteht (l. 213 pr. D. de V. S.). Daraus erklärt sich von selbst, daß die Verjährung der Klage des bedingt Berechtigten erst mit dem Eintritt der Bedingung beginnen kann (l. 7 §. 4 C. de praescr. XXX vel XL annor. 7, 39) und daß bei einer bedingten Obligatio die Früchte der Zwischenzeit regelmäßig (vgl. Note 73) dem bedingt Verpflichteten gehören (vgl. insbes. Wächter S. 708. 709 und auch Vangerow I S. 164—166). — Die suspensiv bedingte Obligatio geht pendente conditione activ und passiv auf die Erben über (§. 900 a. b. G. B. §. 4 I. de V. O. 3, 15 §. 25 I. de inut. stipul. 3, 19 l. 8 pr. cit. l. 57 D. de V. O.: bei bedingten Erbeinsetzungen und Legaten dagegen muß der Honorirte selbst den Eintritt der Bedingung erleben, um sein Recht zu transmittiren (§. 703 a. b. G. B. l. 5 pr. D. quando dies 36, 2 l. 18 D. de R. J.) was sich wohl daraus erklärt, daß die letztwillige Verfügung eine höchstpersönliche ist (vgl. Windscheid in der krit. Zeitschr. S. 41. 42).

70) l. 7 §. 3 D. de J. D. (23, 3) l. 8 D. de R. C. (12, 1) l. 2 §. 5 D. de donat. (39, 5). Es müssen daher auch alle in der Zwischenzeit über die Sache vom Tradenten getroffenen Dispositionen zusammenfallen; vgl. Sell in der angef. Abh. S. 157 fg., Jhering S. 894 fg., Savigny S. 151, Wächter S. 707. 708. — Das Nähere über diese wichtige Regel und ihre Consequenzen im besondern Theil.

71) l 78 pr. D. de V. O l. 40 D. de stipul. servor.; vgl. insbes. Fitting Wesen der Rückziehung Note 85. Häufig nimmt man im Zusammenhang mit der Ansicht, daß die Rückziehung der erfüllten Bedingung aus der vermuthlichen Absicht der Parteien abzuleiten sei (Note 63), an, daß die Parteien durch ihren Willen die Rückziehung ausschließen können, während diese doch aus der Natur der Bedingung folgt und daher nicht durch Privatwillkür beseitigt werden kann (hiernach ist in diesem Punkt Bd I §. 20 Note 32 zu berichtigen).

daß sie mit der Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend eine Zeitbestimmung verbinden[72], wodurch für den Fall der Erfüllung der Bedingung der Anfang der Wirksamkeit des vom Moment des Abschlusses an existirenden Geschäfts hinausgerückt wird[73].

So lange die Resolutivbedingung schwebt, ist das Geschäft vollkommen wirksam, es ist nur ungewiß, ob es nicht wieder aufgelöst werden wird; deficirt die Bedingung, so ist die Möglichkeit der Auflösung hinweggefallen, das Bestehenbleiben des Geschäfts ist sicher; geht die Resolutivbedingung in Erfüllung, so verliert das Geschäft, welches bis dahin wirksam war, seine Existenz. Aber auch hier wieder entsteht die wichtige Frage, ob das Rechtsgeschäft von der Zeit der erfüllten Bedingung an seine Existenz verliert, so daß es bis dahin als zu Recht bestanden zu betrachten ist, oder ob es so anzusehen ist, als habe das Geschäft nie bestanden; mit andern Worten: hat die erfüllte Resolutivbedingung rückwirkende Kraft oder nicht? findet im Fall der Erfüllung der Resolutivbedingung eine resolutio ex tunc oder eine resolutio ex nunc statt? Auch

---

72) In diesem Sinn heißt es per conditionem dies demonstratur l. 22 pr. D. quando dies (36, 2) und von einer solchen Verfügung muß man sagen: non solum conditionem sed et diem continet. Es wirken dann conditio und dies nebeneinander (vgl. Leibnitz p. 149 verb.. praeterea jus conditionale vel simplex est vel diem continet etc., Fitting im Arch. Nr. 24); die Formel dafür ist: ich will (z. B. Eigenthum bestellt haben) wenn dieses Ereigniß eintreten sollte, und zugleich: ich will dann (z. B. Eigenthum tradirt haben) wann jenes Ereigniß eintritt; z. B. A tradirt dem B seine Uhr mit dem Beifügen, B solle an seinem Hochzeitstag Eigenthümer derselben werden (von diesem Standpunkt aus läßt sich vielleicht auch die vielbesprochene l. 9 §. 1 D. de J. D. erklären).

73) Bei bedingten Forderungen liegt regelmäßig in der Bedingung zugleich eine Befristung, weil die Forderung erst mit der Erfüllung der Bedingung fällig wird (l. 213 pr. D. de V. S. Note 69); daher sagt die l. 26 D. de stipul. serv. (45, 3) von einer bedingten Stipulation: ex praesenti (d. h. von der Zeit des Abschlusses) vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. Deßhalb müßten hier die Parteien ausdrücklich verabreden, daß, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, die Leistung auch für die Zwischenzeit zu machen sei (s. g. conditio praepostera l. 64 D. de V. O. l. 126 pr. eod. l. 40 i. f. D. de R. C.). — Auch bei letztwilligen Verfügungen ist in der Bedingung regelmäßig eine Befristung enthalten l. 22 pr. cit. (Note 72) l. 27 §. 5 D. de fideic. libert. (40, 5) — non enim moram fortuitam, sed ex voluntate testantis passi sunt. In diesem Sinn faßt das a. b. G. B. nicht nur das suspensiv-bedingte Legat, sondern auch die suspensiv-bedingte Erbeinsetzung auf (§. 707): der bedingt eingesetzte Erbe moram patitur ex voluntate testantis, und es ist das Verhältniß so zu betrachten als wäre der Intestaterbe eingesetzt und ihm aufgetragen worden, mit Eintritt der Bedingung die

hier fehlt es im österreichischen Gesetzbuch an einer principiellen Lösung dieser Frage[74]; auch hier ist es Sache der Theorie diese Lösung zu geben: aber auch hier hat dieselbe Argumentation stattzufinden wie bei der Frage über die Retrotraction der erfüllten Suspensivbedingung. Wer seinen Willen dahin erklärt: ich will (z. B. gekauft, Eigenthum bestellt haben), wenn nicht ein gewisser Umstand wirklich sein sollte, der erklärt hiermit zugleich, er wolle nicht (gekauft, Eigenthum bestellt haben), wenn ein gewisser Umstand wirklich sei[75]; erweist sich nun dieser Umstand, unter dessen Voraussetzung der Wollende nicht gewollt haben will, als wahr, so stellt sich hiermit heraus, daß der Erklärende in der That nicht gewollt habe. Die Erfüllung der Resolutivbedingung beseitigt somit nur den bisherigen Zustand der Ungewißheit, sie hebt nicht erst den bisher

---

Erbschaft dem (fideicommissarischen) Erben zu restituiren (cf. l. 41 pr. D. de test. mil. 29, 1).

74) Auch hier kann man die Art und Weise, wie das bürgerl. Gesetzb. resulativ bedingte Erbeinsetzungen und Legate behandelt (§. 708), nicht zum Maßstab nehmen. Was zunächst resolutiv bedingte Erbeinsetzungen betrifft, so hat das bürgerl. Gesetzb. (nach dem Vorbild des preuß. Landr. I 12 §. 489) in passender Weise das Verhältniß als ein fideicommissarisches aufgefaßt: der unter einer Resolutivbedingung eingesetzte Erbe gilt als Fiduciarerbe, der den fideicommissarischen (Intestat-) Erben die Erbschaft unter jener Bedingung hinausgeben muß: das Verhältniß wird also in derselben Weise behandelt, wie nach röm. Recht die nur in einem Militärtestament (l. 15 §. 4 D. de testam. mil. 29, 1) zulässige Erbeinsetzung unter einer Resolutivbedingung behandelt wird; vgl. Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente (1821) S. 307 fg., Mühlenbruch in der Fortsetzung Bd XLII S. 101 fg., vgl. auch Bd XLI S. 267. Auch was Legate unter einer Resolutivbedingung betrifft, wird nach österr. Recht ebenso wie nach justinianischem Recht (l. 26 C. de leg. 6, 37) das Verhältniß als ein fideicommissarisches aufgefaßt, so als wäre dem Legatar auf den Fall der Erfüllung der Bedingung die Rückgabe an den Erben als Fideicommiß auferlegt (vgl. Savigny S. 219. 220, Sell S. 258). In beiden Fällen wird sonach die Resolutivbedingung wie ein Endtermin behandelt. — Aus der Bestimmung der §§. 1084. 1085 läßt sich mit Sicherheit weder für noch gegen die rückwirkende Kraft der erfüllten Resulativbedingung ein Schluß ziehen. — Das A. L. R. I 4 §. 115 spricht der auflösenden Bedingung die rückwirkende Kraft ausdrücklich ab.

75) Bei der Suspensivbedingung heißt es einerseits: ich will nicht (z. B. gekauft haben), anderseits: für einen gewissen Fall will ich (gekauft haben); umgekehrt heißt es bei der Resolutivbedingung einerseits: ich will (z. B. gekauft haben), anderseits: für einen gewissen Fall will ich nicht (gekauft haben); bei der Suspensivbedingung heißt es z. B. si res tibi placuerit, erit tibi empta (§. 4 I. 3, 23), bei der Resolutivbedingung si displicuerit res inempta erit (l. 3 D. de C. E. l. 22 pr. D. 19, 2), jene beiden Positionen bilden die untrennbaren Seiten der Einen und ungetheilten bedingten Willenserklärung.

bestandenen Willen auf, sondern zeigt vielmehr, daß der fragliche Wille in der That niemals vorhanden gewesen sei[75a]. Mit der Erfüllung der Resolutivbedingung wird daher das Geschäft nicht für die Zukunft (ex nunc) sondern nach rückwärts (ex tunc) aufgehoben[76]. Der unter einer Resolutivbedingung geschlossene Vertrag ist daher, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, so anzusehen als wäre er nie geschlossen worden[77], und wenn Eigenthum unter einer Resolutivbedingung tradirt wurde, so erweist sich mit der Erfüllung der Bedingung hinterdrein, daß der Empfänger nie Eigenthümer gewesen und das Eigenthum vom Tradenten gar nicht weggegangen sei[78].

V. Unter einer nothwendigen Bedingung ist, wie bereits früher (Nr. I) hervorgehoben wurde, jene zu verstehen, deren Erfüllung

---

75a) Man sollte daher eigentlich gar nicht von einer Resolution, einer Wiederauflösung des Geschäfts sprechen; denn geht die s. g. Resolutivbedingung in Erfüllung, so wird nicht das bisher wirklich bestandene Geschäft aufgelöst, sondern es zeigt sich vielmehr, daß dasselbe bisher nur zum Schein bestanden habe.

76) Dieß ist die communis opinio. Gegen die rückwirkende Kraft der Resolutivbedingung hat sich Rießer in der Gieß. Zeitschr. Bd II S. 1 fg. 270 fg. erklärt; vgl. aber dagegen die ausführliche Widerlegung von Vangerow I §. 96; in diesem Punkt stimmt auch Windscheid in der angef. Abh. S. 23 fg. überein. (Ich kann jedoch nicht umhin beizufügen, daß m. E. das röm. Recht die Resolutivbedingung wie einen Endtermin auffaßt, also eine resolutio ex nunc eintreten läßt: den Beweis dafür werde ich an einem andern Ort zu führen versuchen.) Aber auch hier ist es nicht, wie man gewöhnlich (z. B. Wächter S. 717. 718, Windscheid S. 25 fg.) annimmt, der vermuthete Wille der Parteien, der die Rückziehung bewirkt, sondern die Natur der Bedingung selbst; die Parteien können daher auch durch ihren Willen die Rückziehung nicht ausschließen, durch eine solche Verabredung würde vielmehr die Resolutivbedingung selbst gänzlich beseitigt und entweder ein Endtermin oder ein unter einer Suspensivbedingung geschlossener Nebenvertrag auf Wiederherstellung des vorigen Zustands vorliegen (vgl. Savigny S. 155, Sell §. 32, Ihering S. 903, Arndts §. 71 Anm. 4).

77) Hatte noch kein Theil erfüllt, so bleibt es dabei; ist schon erfüllt worden, so muß der vorige Zustand wiederhergestellt werden; l. 6 §. 1 D. de C. E. l. 4 pr. D. de leg. commiss. (18, 3) l. 16 D. de in diem add (18, 2); es müssen daher auch die in der Zwischenzeit von der Sache gezogenen Früchte (l. 4 pr. l. 5 D. de leg. comm. l. 4 §. 4 l. 16 D. de in diem addict.) so wie die Zinsen des Kaufpreises (vgl. Ihering S. 908) zurückerstattet werden: doch findet in letzterer Beziehung nach österr. Recht zweckmäßig eine gegenseitige Aufhebung statt §. 1085.

78) Der Tradent kann daher mit der Vindicationsklage seine Sache dem Empfänger so wie in der Regel (Ausnahme: §. 367 a. b. G. B.) jedem dritten Besitzer abfordern (l. 41 pr. D. de R. V. l. 8 D. de leg. comm. 18, 3 l. 29 i. f. D. de m. c. donat. 39, 6 l. 1 l. 4 C. de pact. inter emt. 4, 54) und die binglichen Lasten, welche der Erwerber mittlerweile etwa auf die Sache gelegt hat, müssen erlö-

schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist (conditio quae omnimodo exstitura est). Die Nothwendigkeit des Eintritts des als Bedingung gesetzten Umstands kann auf physischen oder juristischen Gründen beruhen (z. B. wenn die Sonne am 1. Jänner 1858 in Osten aufgeht, wenn A mit 14 Jahren mündig wird). Die nothwendige Bedingung kann eine positive oder negative sein, je nachdem die unausbleiblich sich verwirklichende Thatsache im Eintreten oder Ausbleiben eines Umstands besteht (z. B. positiv: wenn die Sonne morgen in Osten aufgeht, wenn A als Person behandelt wird; negativ: wenn A nicht in den Mond schifft, wenn A seine Schwester nicht heirathet). Zu den negativ nothwendigen Bedingungen gehört insbesondere auch jene Bedingung, wonach etwas Unmögliches nicht geschehen soll (z. B. wenn A nicht in den Mond schifft, wenn A vor seiner Mündigkeit ein gültiges Testament nicht macht). Diese Bedingung hat man früher häufig als eine negativ unmögliche (s. g. impossibilis conditio in non faciendo) bezeichnet: diese Bezeichnung ist aber deßhalb ganz unrichtig, weil sich die Negation in jener Bedingung auf das Eintreten eines Umstandes bezieht, dessen Ausbleiben nicht unmöglich, sondern vielmehr umgekehrt gerade nothwendig ist[79]. Die nothwendige Bedingung kann als Suspensiv- oder Resolutivbedingung einem Geschäft hinzugefügt sein: im ersteren Fall ist das Geschäft sofort gültig als wäre es unbedingt geschlossen worden[80],

---

schen (l. 4 §. 3 D. in diem add. l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6); vgl. Sell Über bedingte Traditionen §. 32 fg., dazu Ihering S. 903 fg.; über diese wichtigen Consequenzen das Nähere im Sachenrecht.

79) Die Veranlassung zu diesem Irrthum, der sich schon in l. 50 §. 1 D. de hered. inst. 28 5, und ebenso im A. L. R. I 4 §. 130 und bei manchen österr. Schriftstellern findet, hat der Umstand gegeben, daß der Gegenstand des Unterlassens etwas Unmögliches ist; vgl. dagegen Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts I (1837) S. 136—169, Pandekt. §. 66 Anm. 5, Savigny §. 121 Note d, Vangerow I S. 154 Nr. I 1, Helm §. 23. Harum im Mag. VI S. 160 fg. — Manche ältere Schriftsteller z. B. Glück IV §. 337a unterscheiden daher gar nicht zwischen nothwendigen und unmöglichen Bedingungen, sondern nur zwischen negativ und affirmativ unmöglichen Bedingungen.

80) Dieß gilt sowohl bei letztwilligen Verfügungen (l. 50 §. 1 D. cit. heres erit perinde ac si pure institutus esset l. 79 pr. D. de condit. 35, 1) als bei Verträgen (l. 9 §. 1 D. de novat. Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari), aus denen daher in der Regel (wenn nemlich nicht noch eine Zeitbestimmung damit verbunden ist cf. l. 79 pr. cit. Note 73) die Leistung sofort gefordert (l. 8 D. de V. O. Cum eo qui ita promisit, si intra Calendas digito coelum non tetigerit, agi protinus potest l. 7 i. f. eod.)

im letzteren Fall ist das Geschäft sofort nichtig, als wäre es gar nicht errichtet worden [81].

2) Die unmögliche Bedingung [82] ist jene, deren Nichterfüllung von vornherein gewiß ist (quae nullo modo exstitura sit est), weil sie aus natürlichen Gründen (physisch unmögliche Bedingung), oder aus juristischen Gründen [83] (juristisch unmögliche Bedingung) nicht eintreten kann [84]. Auch diese Bedingung kann eine positive oder negative sein, je nachdem das Eintreten einer Thatsache, welche nicht eintreten kann, oder das Ausbleiben eines Umstands, der nicht ausbleiben kann, also eintreten muß, als Bedingung gestellt wurde (positiv, negativ unmögliche Bedingung). Die Unmöglichkeit ist eine absolute (absolut unmögliche Bedingung), wenn die Erfüllung der Bedingung unter allen Umständen undenkbar ist (z. B. wenn die Sonne im Westen aufgeht, wenn A seinen Bruder adoptirt) eine relative (relativ unmögliche Bedingungen [85]), wenn ihre Erfüllung an sich möglich, aber im concreten Falle unmöglich ist (z. B. wenn A die bereits verstorbene B heirathet) [86].

Die Bedingung ist nur dann eine unmögliche, wenn es schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, daß ihre Erfüllung nicht stattfinden könne; war die Bedingung zur Zeit der Festsetzung möglich und ist ihre Erfüllung erst später unmöglich geworden, so ist die

---

und das zur Erfüllung Gegebene nicht zurückgefordert werden kann (l. 17 l. 18 D. de condict. indeb. 12, 6).

81) Dieß gilt nach österr. Recht in der Regel auch bei Erbeinsetzungen unter einer nothwendigen Resolutivbedingung.

82) Sell Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen aus den Quellen des röm. Rechts systematisch entwickelt (1834 320 SS.), zugleich als 2. Theil der Versuche im Gebiet des Civilrechts, Savigny §. 121, Harum Über die Natur und Wirkung der unmöglichen und unerlaubten Bedingung nach österr. Recht, im Mag. Bd VI Nr. IX (S. 157—175).

83) l. 137 §. 6 D. de V. O. — ubi omnino conditio jure impleri non potest.

84) Die unmögliche Bedingung ist das Gegenstück zur nothwendigen: eine Bedingung, welche positiv oder negativ eine nothwendige ist, ist umgekehrt gefaßt eine unmögliche (z. B. wenn A seine Schwester nicht heirathet — wenn A seine Schwester heirathet).

85) Man pflegt solche Bedingungen auch conditiones per suppositionem vel per accidens impossibiles, conditiones secundum quid impossibiles zu nennen; Sell S. 74 fg.

86) Vgl. z. B. l. 6 § 1 l. 72 §. 7 D. de condit. et demonstr. l. 45 D. de her. inst. (28, 5) l. 26 §. 1 D. de statu lib. (40, 7).

Bedingung eine mögliche, aber vereitelte[87]. Die Bedingung ist ferner nur dann eine unmögliche, wenn die Unmöglichkeit eine bleibende, dauernde ist (si perpetua causa sit cf. l. 35 §. 1 D. de V. O.); ist die Erfüllung der Bedingung dagegen nur im Momente der Festsetzung unmöglich, während in der Folgezeit ihre Erfüllung denkbar ist (s. g. vorübergehende Unmöglichkeit), so ist die Bedingung keine unmögliche, weil sie ja eben möglicherweise noch erfüllt werden kann, sondern vielmehr eine mögliche und zwar in der Regel zuläßige (erlaubte) Bedingung[88]. Auch kommt es hierbei nicht weiter darauf an, ob die künftige Möglichkeit der Erfüllung als eine gewöhnliche wahrscheinliche Eventualität erwartet werden kann oder nicht[89], wenn nur in jener Erwartung überhaupt an sich nichts Unerlaubtes, Unschickliches liegt, widrigenfalls die Bedingung zwar nicht als unmögliche, da sie ja in Erfüllung gehen kann, wohl aber als unzuläßige (unerlaubte) Bedingung betrachtet werden müßte[90]. Dieß gilt insbesondere auch für den Fall, daß die Parteien eine mögliche Rechtsänderung (Änderung der bestehenden Gesetze) im Auge

87) Nicht die Bedingung wird dadurch zu einer unmöglichen, sondern ihre an sich mögliche Erfüllung ist unmöglich geworden, d. h. eben, die Bedingung ist deficirt; §. 698 a. b. G. B. ist daher insofern nicht richtig textirt, als er von einer Anordnung unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung auch in dem Fall spricht, wenn „die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich geworden" ist (mit dem Rechtfertigungsversuch Harum's S. 159 kann ich mich nicht einverstanden erklären).

88) Z. B. A verspricht dem unmündigen B 100 unter der Bedingung, daß er heirathe, oder setzt ihn unter der Bedingung, daß er Arzt werde, zum Erben ein l. 58 D. h. t Sell S. 47 fg. meint verkehrter Weise, daß bei Verträgen jede Bedingung als unmögliche gelte, deren Erfüllung zur Zeit ihrer Festsetzung unmöglich sei (viel zu allgemein drückt sich auch Vangerow'l S. 159 Nr. IV Bd II S. 129 aus); vgl. dagegen auch Savigny §. 121 Note z. Natürlich aber darf die Erfüllung der Bedingung nicht auf eine Zeit festgesetzt werden, wo ihre Erfüllung noch unmöglich ist, z. B. A verspricht dem unmündigen B 100 unter der Bedingung, daß er sofort heirathe.

89) Darauf will mit Unrecht Savigny S. 167 sehen, vgl. aber l. 59 §. 1 D. h. t. und s. auch Wächter §. 96 Note 8; warum sollte z. B. die Bedingung, wenn der Lieutenant A General wird, als unmögliche betrachtet werden?

90) Z. B. Erbeinsetzung des A unter der Bedingung, daß die österreichische Monarchie zerfalle; cf. l. 35 §. 1 D. de V. O. Idem quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur. Quamquam etiam si non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit.

hatten und auf diesen Fall hin also unter dieser Bedingung ihre Verfügung trafen: eine solche Bedingung erscheint als vollkommen zulässig[91], wenn nicht etwa die Natur der erwarteten Änderung die Bedingung als unerlaubt erscheinen läßt, indem der erwartete Umstand von der Art ist, daß man sagen muß: nec enim fas est ejusmodi casus expectare (l. 34 §. 1 D. de C. E. 18, 1)[92].

Die unmögliche Bedingung kann sowohl suspensiv als resolutiv beigefügt werden: ihre Wirkung besteht im ersteren Fall darin, daß das Rechtsgeschäft sofort nichtig ist[93], im letzteren darin, daß das Geschäft zurecht besteht, als wäre es pure errichtet worden[94].

---

91) In dieser Beziehung pflegt man gewöhnlich (vgl. z. B. Savigny S. 167—169, Vangerow I S. 155 II S. 129 fg., Harum S. 160) auf Grundlage von l. 83 §. 5 D. de V. O. l. 137 §. 6 eod. das Gegentheil zu behaupten und meint, „auf die Veränderlichkeit factischer Zustände zu rechnen, liege in der Natur der Bedingungen (?), nicht aber auf die Veränderlichkeit der Rechtsregeln:“ aber gewiß mit Unrecht (vgl. dagegen auch Wächter §. 96 Nr. II). Warum sollte der Kaufvertrag ungültig sein, den in Österreich ein Christ mit einem Juden auf den Fall hin schließt, daß die Juden wieder besitzfähig werden, warum eine Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß die Juden den Christen in privat- und staatsrechtlicher Beziehung gleichgestellt werden, warum ein pactum de mutuo dando unter der Bedingung, daß die Wuchergesetze aufgehoben werden? Die Bestimmungen jener beiden Stellen erklären sich daraus, daß es in der That als unsittlich erscheinen mußte, darauf zu speculiren, daß eine den Göttern geweihte Sache profan oder ein freier Mensch ein Sclave werden würde (casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est l. 83 §. 5 cit.).

92) Z. B. Erbeinsetzung des A unter der Bedingung, daß in Österreich die Leibeigenschaft wieder eingeführt werde.

93) Es gilt dieß nach österr. Recht nicht bloß bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, also insbesondere bei obligatorischen Verträgen (§. 897 a. b. G. B. l. 1 §. 11 D. de O. et A. Item sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse l. 31 eod. l. 35 pr. l. 7 D. de V. O. §. 11 I. de stip. inut. 3, 19), sondern auch bei letztwilligen Verfügungen (Erbeinsetzungen und Legaten), indem sie durch die Beifügung von (absolut oder relativ, ganz oder zum Theil) unmöglichen Bedingungen ungültig werden, dem Erblasser mag die Unmöglichkeit der Bedingung bekannt gewesen sein oder nicht (§. 698 a. b. G. B.; die weitere Bestimmung dieses § daß die Anordnung auch in dem Fall ungültig werde und bleibe, „wenn die Erfullung der Bedingung erst in der Folge unmöglich und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre“ erklärt sich mit Rücksicht auf das A. L. R. I 12 §§. 505. 506, welches für diesen Fall bestimmt, daß die Bedingung für erlassen zu achten sei): das österr. Gesetzb. vom Jahr 1811 ist nemlich, im Einklang mit dem A. L. R. I 4 §. 129—132, 12 §. 504, zu den Ansichten der Proculeganer (Gaj. III 98) zurückgekehrt, während im neueren röm. Recht die Ansicht der Sabinianer zur Geltung gelangt ist, wonach die unmögliche Bedingung bei letztwilligen Verfügungen pro non scripta gilt, vgl. Mühlenbruch XLI S. 79 fg., Savigny §. 124.

94) Der Grund liegt aber nicht darin, daß nur „das Nebengeschäft über den

3) a) Es gibt Handlungen, welche an sich den Rechts- und Sittengesetzen widerstreiten, welche zwar geschehen können, aber nicht geschehen sollen: Handlungen dieser Art sind zwar nicht unmöglich, wohl aber unerlaubt. Bedingungen, durch welche solche rechtswidrige oder unsittliche Handlungen oder Unterlassungen befördert werden, sind mögliche aber unzulässige Bedingungen (unerlaubte, unsittliche Bedingungen, conditiones turpes)[95].

Rückfall vernichtet sei" während das Hauptgeschäft gültig bleibe, wie man gewöhnlich (z. B. Savigny S. 193, Vangerow I S. 157, Harum S. 164—166) aber wohl mit Verkennung des Wesens der Bedingung überhaupt und der Resolutivbedingung in specie (vgl. Note 30) behauptet, sondern einfach darin, daß der Fall, auf den hin nicht gewollt sein will, unmöglich eintreten kann, es also in der That gerade so ist, als wäre unbedingt gewollt worden. Daß eine letztwillige Verfügung, welcher eine unmögliche Resolutivbedingung beigefügt ist, unbedingt gültig sei, wird von den österr. Schriftstellern nicht bezweifelt, da der §. 698 a. b. G. B. sagt: „Eine auflösende unmögliche Bedingung wird als nicht beigesetzt angesehen." Dagegen hat eben diese Bestimmung im Zusammenhang mit §. 898 a. b. G. B. („Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bei einem letzten Willen für nicht beigesetzt angesehen werden, sind ungültig") vielfach zu der Behauptung Veranlassung gegeben, daß nach österr. Recht ein unter einer unmöglichen Resolutivbedingung geschlossener Vertrag ungültig sei (vgl. z. B. Ellinger ad §. 898, Stubenrauch III S. 70 [der sich mit Unrecht auf l. 31 D. de O. et A., welche nur von einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung zu verstehen ist, und auf Savigny beruft, denn vgl. diesen S. 193], Nippel Materialien zur Reform I S. 126 fg. [dieser Schriftsteller ist nur de lege ferenda, nicht de lege lata a. A. und wird daher von Stubenrauch III S. 70 Note ** mißverstanden]). Diese Behauptung geht aber sicher aus einer bloßen Buchstabeninterpretation hervor: mit jener Bestimmung des §. 698 ist gar nichts letztwilligen Verfügungen Eigenthümliches durch besondere Begünstigung (benignitas) der Gesetzgebung in singulärer Weise festgesetzt, sondern nur etwas aus dem Begriff und Wesen der unmöglichen Bedingung sich von selbst Ergebendes ausgesprochen, was daher überall gelten muß, wo eine unmögliche Bedingung als auflösende beigefügt ist, wie denn auch Zeiller III S. 84 Nr. 10 die hier vertheidigte Ansicht, ohne das geringste Bedenken zu haben, ausspricht. Daß aber jene sich von selbst verstehende Bestimmung überhaupt und gerade in der Weise ausdrücklich hervorgehoben wurde, erklärt sich wohl einfach daraus, daß die unerlaubten Bedingungen im Schlußsatz des §. 698 den unmöglichen gleichgestellt werden: daß nun eine unerlaubte Resolutivbedingung bei letztwilligen Verfügungen als nicht beigesetzt zu betrachten sei, ist allerdings eine Besonderheit und der §. 898 bezieht sich eben hierauf (und auf die Bestimmungen des §. 697 und §. 700 a. b. G. B.) vgl. auch folg. § Note 32.

95) Man pflegt solche Bedingungen auch moralisch unmögliche zu nennen (Sell S. 19 fg., Zeiller II S. 657. 664 fg.) weil es gleichsam unmöglich sei, daß ein moralischer Mensch die rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe (l. 15 D. de condit. instit. 28, 7 — nam quae — contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est l. 137 §. 6 D. de V. O.). Allein diese Art von figürlicher Unmöglichkeit ist von der eigentlichen Unmöglichkeit (Text Nr. 2) wohl

Als unerlaubte Bedingungen erscheinen somit jene[96], welche für jemanden die Erlangung eines Vortheils oder die Abwendung eines Nachtheils an die Begehung einer widerrechtlichen oder unsittlichen Handlung oder an die Unterlassung einer rechtlich oder sittlich gebotenen Handlung knüpfen[97]. Wenn dagegen jemand auf den Fall, daß er eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehen, oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung, somit die Erfüllung einer Pflicht, unterlassen sollte, sich einem Nachtheil unterwirft, so ist diese Bedingung vollkommen zulässig, da sie den unerlaubten Zweck nicht nur nicht fördert, sondern ihm vielmehr entgegenwirkt[98]. Auch jene Bedingungen, welche auf unerlaubte Handlungen oder Unterlassungen eines Dritten gestellt sind, sind vollkommen zulässig, wenn durch sie nicht etwa indirect die unerlaubte Handlung selbst befördert wird[99].

---

zu scheiden, und es würde zu Irrthümern führen, wenn man die unzulässige Bedingung wie eine wahrhaft unmögliche Bedingung behandeln wollte; vgl. Arndts Beiträge I S. 172 fg. 182. 183, Savigny §. 122, Vangerow I S. 155 fg., Harum S. 168; das bürgerl. Gesetzb. gebraucht auch nirgends den Ausdruck moralisch unmögliche Bedingung, sondern spricht nur von unerlaubten Bedingungen.

96) Das bürgerl. Gesetzb. gibt nicht näher an, welche Bedingungen als unerlaubte zu betrachten seien, es ist daher Sache der Theorie dieß festzustellen, vgl. Nippel Material. I S. 123 fg. beschränkt viel zu sehr den Begriff der Unerlaubtheit Helm §. 25.

97) cf. l. 14 l. 15 D. de condit. instit. (28, 7) l. 13 §. 1 D. de poll. (50, 12), Savigny S. 172 fg. 176. Ist dem Erben ein Legat für den Fall als Strafandrohung (legatum poenae nomine) auferlegt, daß er eine unerlaubte Handlung unterlassen oder eine pflichtgemäße begehen würde, so ist das Legat ungültig §. 912 a. b. G. B. §. ult. I. de leg. (2, 20) l. un. C. de his quae poen. nom. (6, 41).

98) Eine solche Bedingung ist ex bonis moribus concepta l. 121 §. 1 D. de V. O. l. 1 l. 2 C. si mancip. ita (4, 56) vgl. Savigny S. 174, Arndts Beiträge I S. 174, Helm §. 28; daher ist auch ein Legat gültig, welches dem Erben auf den Fall auferlegt ist, daß er eine unerlaubte Handlung begehen sollte §. 912 a. b. G. B., Savigny S. 175. — In derselben Weise und mit demselben Unrecht, als man die nothwendige Bedingung eine negativ unmögliche Bedingung nennt (Note 79), nennen einige unserer Schriftsteller (z. B. Zeiller II S. 665, Ellinger ad §. 698) eine solche zulässige Bedingung eine negativ unerlaubte und erklären sie dann hinterdrein für eine „im Grund" löbliche Bedingung; vgl. dagegen Arndts S. 176, Helm §. 29, Harum S. 169.

99) So z. B. ist das Versprechen, welches A dem B auf den Fall gibt, daß B's Sohn diesem die schuldigen Alimente verweigern sollte, vollkommen gültig; vgl. Savigny S. 175, Arndts S. 175, Helm §. 27.

b) Es gibt Handlungen, welche nicht schon an sich rechtswidrig oder unsittlich sind, welche aber dadurch einen verwerflichen Charakter erlangen, daß sie unter gewissen Umständen zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gemacht werden: solche Bedingungen werden, obgleich sie nicht auf etwas an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, durch die besondere Gestaltung des Falls zu unerlaubten. Hierher gehören insbesondere folgende Fälle: α) Wenn jemanden unter der Bedingung, daß er eine unerlaubte Handlung unterlasse, oder seine Pflicht erfülle, etwas zugesagt wird, so liegt hierin, an sich betrachtet, nichts Unsittliches[100]; vielmehr mag es bei der Schwäche der menschlichen Natur gar oft gerathen sein, durch äußere Mittel dem widerstrebenden Willen entgegenzuwirken, um das pflichtgemäße Thun zu fördern[101]. Nur dann erscheint eine solche Bedingung als unzuläßig, wenn sich jemand das Unterlassen einer strafbaren Handlung, welche er sonst begehen würde[102], oder die Erfüllung einer Pflicht, welche er sonst verletzen würde[103], abkaufen respective erkaufen läßt[104], indem darin eine unwürdige Speculation, eine verächtliche Erpressung zu sehen ist. β) Die Bedingung der gänzlichen Ehelosigkeit (si non nupserit)[105] ist eine unzuläßige

---

100) Manche Schriftsteller gehen mit Unrecht so weit, jede Bedingung etwas Pflichtgemäßes zu thun für eine unerlaubte zu halten, so Thibaut Pandekt. §. 93 Nr. 3, Sell S. 138 fg., vgl. aber dagegen Savigny S. 176 fg., Wächter S. 726. 727, Arndts S. 179, Harum S. 170.

101) Es ist daher z. B. ein Legat oder ein Versprechen unter der Bedingung, daß der Bedachte seine Pflicht erfülle, z. B. seinen Herrn treu pflege, fleißig studiere u. s. f. vollkommen gültig.

102) l. 7 §. 3 D. de pact. (2, 14) Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione cf. l. 1 §. 2 l. 2 pr. §. 1 l. 4 §. 2 D. de condict. ob turp. caus. (12, 5) und §. 1174 a. b. G. B.

103) So insbesondere wenn auch jemand das Schuldige (z. B. die Rückstellung der gemietheten, deponirten, commodirten Sache) nur unter der Bedingung, daß ihm ein Vortheil zugewendet werde, leistet und es widrigenfalls in chikanöser Weise auf einen Proceß ankommen lassen will cf. l. 9 D. de cond. ob turp. caus. (12. 5) l. 34 D. depos. (16, 3) l. 6 l. 7 C. de cond. ob turp. caus. (4, 7).

104) Es handelt sich hierbei also nur um obligatorische Verträge, bei letztwilligen Verfügungen sind solche Bedingungen vollkommen zuläßig, Savigny S. 178, Arndts S. 178.

105) Die Bedingung, nicht vor erreichter Großjährigkeit zu heirathen, ist zuläßig (§. 700 a. b. G. B.), ebenso ist die Bedingung, bis zu einer gewissen Zeit nicht zu heirathen wohl für zuläßig zu halten, wenn nicht hierin etwa ein in fraudem legis liegt

(§. 700 a. b. G. B.); die Bedingung des Wittwenstandes jedoch, das heißt der Ehelosigkeit nach einer früheren durch den Tod aufgelösten Ehe, ist unter der Voraussetzung, daß die verwittwete Person (männlichen oder weiblichen Geschlechts) ein oder mehrere Kinder hat, ebenso zulässig [106], als die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heirathen (§. 700) [107], oder die Bedingung überhaupt zu heirathen [108] oder eine bestimmte Person zu heirathen [109], während das Versprechen einer Conventionalstrafe auf den Fall der Unterlassung einer bestimmten Ehe unzulässig ist [110]; die Bedingung, sich durch fremdes Gutdünken bei der Wahl eines Ehegatten leiten zu lassen, ist wohl für zulässig zu halten [111]. γ) Ob die Bedingung das Religionsbekenntniß zu ändern oder nicht zu ändern (s. g. conditio religionis mutandae vel non mutandae) für erlaubt oder unzulässig zu halten sei, ist im hohen Grade bestritten; das Richtige ist wohl dieß, eine solche Bedingung weder schlechthin für unzulässig [112] noch schlecht-

---

(vgl. Vangerow II S. 132); vgl. übrigens Edelmann Abhandl. über die einer Erklärung des letzten Willens beigesetzte Bedingung der Nichtverehelichung (Wien 1822). Nach gemeinem Recht ist es streitig ob die Bedingung der Ehelosigkeit überhaupt oder nur bei letztwilligen Verfügungen unzulässig sei; vgl. einerseits Savigny S. 180 fg., Sell S. 141 fg. 157 fg., Mühlenbruch XLI S. 94 fg., anderseits Vangerow I S. 159 II S. 132, Wächter S. 725.

106) Im röm. Recht hatte diese Bedingung mannigfache Schicksale vgl. Sell S. 178 fg., Vangerow I S. 487. 488.

107) l. 63 pr. l. 64 pr. §. 1 D. h. t. Savigny §. 123 Note h. Mit Recht fassen unsere Schriftsteller die Bestimmung des §. 700 dahin auf, daß es sich um eine individuell bestimmte Person handeln müsse.

108) Ebenso nach gemeinem Recht Sell S. 162, Savigny S. 181.

109) l. 63 §. 1 l. 71 pr. §. 1 D. h. t. l. 2 C. de instit. (6, 25), Savigny §. 123 Note g; schlägt die bezeichnete Person die Ehe aus, so gilt nach gemeinem Recht die Bedingung als erfüllt, nach österr. Recht als vereitelt.

110) §. 45 a. b. G. B.; ebenso nach röm. Recht (l. 71 §. 1 D. h. t. l. 19 l. 134 pr. D. de V. O. l. 2 C. de inut. stipul. 8, 39) und nach canon. Recht c. 29 X de sponsal. (4, 1) vgl. Schulte Eherecht S. 293. 294.

111) Nach röm. Recht ist diese Bedingung bei letztwilligen Verfügungen pro non scripta zu halten (l. 28 pr. l. 72 §. 4 D. h. t.): ob dieselbe aber überhaupt bei Rechtsgeschäften unzulässig sei, ist bestritten vgl. die Note 105 angef. Schriftsteller.

112) So z. B. Sell S. 142 fg. und bedingte Tradit. S. 209 in der Note, Mühlenbruch Bd XLI S. 104 fg., Jäger in der Gieß. Zeitschr. Bd III Nr. XVI, Savigny S. 184 fg., Sintenis I S. 178 Note 53.

hin für zulässig[113] zu halten, sondern Alles auf die Beschaffenheit des individuellen Falles[114] ankommen zu lassen[115].

Die unzulässigen Bedingungen können sowohl suspensiv als resolutiv gestellt werden: von den Wirkungen, welche sie hervorbringen, wird im System bei den betreffenden Rechtsverhältnissen gehandelt werden (vgl. §§. 698. 700. 898 a. b. G. B.).

VI. Es gibt Rechtsgeschäfte, welche die Hinzufügung einer Bedingung überhaupt oder gewisser Arten von Bedingungen nicht vertragen. Wird jenen Rechtsgeschäften dennoch eine solche unverträgliche Bedingung beigefügt, so bewirkt dieß in manchen Fällen Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts[116], in andern Fällen wird die Bedingung durchstrichen (pro non adjecta betrachtet) und das Rechtsgeschäft selbst bleibt als unbedingtes in Wirksamkeit[117].

---

113) So z. B. Thibaut System §. 954, Seuffert Pandekt. §. 536 Note 4, Vangerow I S. 158. 159, Wächter §. 96 Note 18. — Eine Mittelmeinung sieht die Bedingung der Religionsänderung für eine conditio turpis, die Bedingung, sie nicht zu ändern, für eine erlaubte an, z. B. Höpfner §. 490 Note 2, Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. §. 79, Gerber System §. 43 Note 6.

114) Es kommt nemlich Alles darauf an, ob durch die Disposition ein Motiv also eine äußere materielle Triebfeder gegeben werden will oder nicht, ob also die Zuwendung des Vortheils geschieht, damit die Religionsänderung eintrete, resp. unterbleibe, oder nur auf jenen Fall hin: im ersten Fall ist die conditio turpis, im zweiten zulässig; vgl. Puchta Vorles. I S. 137, Arndt's im R. L. III S. 936 Note 172, Walter System des deutschen Privatr. §. 77 Nr. VII.

115) Die Bedingung seinen Aufenthalt nicht nach freier Wahl zu bestimmen, also entweder stets an einem bestimmten Ort zu wohnen oder seinen Wohnsitz von der Willkür eines Andern abhängig zu machen, ist nach österr. Recht wohl für erlaubt zu halten: nach röm. Recht war sie bei letztwilligen Verfügungen unzulässig (also pro non scripta l. 71 §. 2 D. h. t.), es ist aber unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig, ob diese Bedingung auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden unzulässig sei.

116) cf l. 77 D. de R. J. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem; vgl. hierzu die scharfsinnigen Ausführungen Fitting's im Archiv Nr. 30—34; so verträgt z. B. auch im heutigen österr. Recht die Erbserklärung keine Bedingung im technischen Sinn (denn bedingte Erbserklärung nennt man auch die Erklärung cum beneficio inventarii, §. 800 fg. a. b. G. B.), l. 51 §. 2 D. de A. vel O. H. Das Nähere im besondern Theil bei den einzelnen Rechtsverhältnissen.

117) So z. B. gilt nach röm. Recht die Resolutivbedingung bei einer Erbeinsetzung in einem testamentum paganorum pro non adjecta; so ist nach österr. Recht die dem Pflichttheil hinzugefügte Bedingung pro non scripta zu betrachten (§. 774 a. b. G. B.).

b) Befristung[1].

§. 83. I. **Befristung** (**Betagung**) ist die Beschränkung des Daseins des Willens in Beziehung auf seine Dauer, also die zeitliche Begränzung der Existenz des Willens[2]. Insofern nun der Wille der Erzeuger und Träger des Rechtsgeschäfts ist, erscheint die Hinzufügung der **Zeitbestimmung** (Ziel, Termin, Zeitpunkt, dies, tempus) zugleich als eine Nebenbestimmung[3], wodurch das Rechtsgeschäft und das durch dasselbe erzeugte Rechtsverhältniß in zeitlicher Beziehung beschränkt wird: dem Rechtsgeschäft respective dem Rechtsverhältniß und der daraus entspringenden Berechtigung und Verpflichtung ist ein Termin gesetzt. Die Bestimmung dieses Termins kann entweder nach dem Kalender[4] oder durch Beziehung auf ein künftiges gewisses oder ungewisses Ereigniß (z. B. an B's Todestag, an A's Hochzeitstag) geschehen. Der wichtige principielle Unterschied der Zeitbestimmung von der Bedingung (des dies von der conditio) besteht darin, daß bei der Bedingung das Wollen respective Nichtwollen also die Existenz des Geschäfts in Frage ist, während bei der Zeitbestimmung das Vorhandensein des Willens, die Existenz des

---

1) Glück IV §. 335, Mühlenbruch in der Fortsetzung Bd XLI S. 53 fg. 265 fg., Savigny System III §. 125—127.

2) Auch die Befristung erscheint als eine Selbstbeschränkung, Einschränkung des Willens (vgl. Savigny S. 99. 120. 204, Rudorff Grundriß des gem. Civilr. (2. Ausg. 1843 §. 54. §§. 695. 704 fg. a. b. G. B.), nur nicht als eine Beschränkung in Ansehung des Umfangs des Willens (wie Savigny meint), sondern in Ansehung der Dauer desselben.

3) Die Zeitbestimmung (adjectio diei) ist allerdings eine Nebenbestimmung, was die Bedingung nicht ist (vgl. vorhergeh. § Note 3); bei der betagten Willenserklärung stehen Befristung und Befristetes nicht so in engem Zusammenhang, daß eines ohne das andere nicht gedacht werden könnte. Dieß macht sich auch bei der Frage über die Beweislast geltend, indem es hier keinem Zweifel unterworfen ist (l. 19 C. de prob. 4, 19), daß der Beklagte, der sich excipiendo auf einem Anfangstermin beruft, die Hinzufügung eines solchen beweisen muß; Bayer Verträge (8. Aufl.) S. 739, Wetzell System des ordentl. Civilproz. I §. 14 a. E.

4) Dieß kann wieder unmittelbar (z. B. am 1. Juni 1858) oder mittelbar (z. B. ein Jahr nach meinem Tod) geschehen; l. 41 pr. l. 46 pr. l. 47 D. de V. O. l. 21 pr. D. quando dies (36, 2). Ist der Termin ein Kalendertag und ist das Jahr nicht bezeichnet, so ist im Zweifel der nächstkommende Kalendertag dieser Bezeichnung zu verstehen; verspricht z. B. A dem B 100 am 1. Jänner zu geben, so ist darunter im Zweifel der 1. Jänner 1858 zu verstehen l. 41 pr. D. cit. Dasselbe gilt, wenn der Termin durch ein wiederkehrendes Fest bezeichnet wird, wenn z. B. auf Ostern, Pfingsten, Weihnachten etwas versprochen wird, vgl. §. 2 eod. und Seuffert Pandektenr. §. 246.

Geschäfts außer aller Frage steht und nur die Dauer seiner Existenz eine begrenzte ist.

II. Die zeitliche Beschränkung des Willens kann in doppelter Weise stattfinden. Es kann nemlich der Willenserklärung ein Termin hinzugefügt werden, von dem an (ex die) oder bis zu welchem (ad diem) der erklärte Wille vorhanden sein soll: im ersten Fall ist ein Anfangstermin (terminus a quo, ex quo) im zweiten Fall ein Endtermin (terminus ad quem) gesetzt.

1. Wer seiner Willenserklärung einen Anfangstermin beifügt, der setzt zwar seinen Willen, will ihn aber erst von einem spätern Moment an (ex die) gesetzt haben: der Wille bindet sich durch eine jetzt gegebene Erklärung für einen spätern Zeitpunkt (in diem) [5]. Die Formel für diese Willenserklärung ist: ich will (z. B. gekauft, Eigenthum bestellt, den A zum Erben eingesetzt haben), aber ich will erst dann, wann —. Es fällt somit Erklärung des Willens und juristisches Dasein desselben, Abschluß des Rechtsgeschäfts und Entstehung der rechtlichen Wirkungen desselben auseinander. Das betagte Rechtsgeschäft besteht sofort zurecht, aber das Dasein des Rechtsverhältnisses, welches es erzeugt, ist bis zu einem spätern Moment hinausgeschoben [6]; wenn unter einem Anfangstermin ein Recht

---

5) Wenn z. B. A dem B 100 ex die verspricht, so erklärt er hiermit, er wolle gebunden (obligatus) sein, dem B 100 zu geben, aber er wolle erst von jenem Tag gebunden sein l. 41 §. 1 D. de V. O. — verum dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur cf. l. 14 D. de R. J. Nach röm. Recht gilt bei betagten Obligationen der Grundsatz, daß die Hinzufügung des Termins zu Gunsten des Schuldners ist, so daß er zwar vor Eintritt des Zeitpunkts nicht belangt, wohl aber freiwillig früher erfüllen kann (diei adjectionem pro reo esse non pro stipulatore l. 41 §. 1 cit. l. 38 §. 16 l. 137 §. 2 D. eod. l. 70 D. de solut. 46, 3 cf. l. 17 D. de R. J. vgl. Savigny Obl. R. I §. 50): dieser Grundsatz gilt nach österr. Recht nicht §§. 902. 1413 a. b. G. B.

6) Die herrschende Lehre geht dahin, daß durch den Anfangstermin nicht das Dasein des Rechtsverhältnisses sondern nur die Geltendmachung desselben hinausgeschoben werde. Allein diese Ansicht ist gewiß unrichtig; ein Beweis ihrer Unrichtigkeit liegt darin, daß nach röm. Recht bei den Testamenten der Nichtsoldaten der Anfangstermin pro non scripto gilt (§. 9 I. de her. instit. 2, 14 l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, Mühlenbruch Bd XL S. 188—191), weil eben der unter einem solchen Termin eingesetzte Erbe noch nicht Erbe ist, also nicht bloß die Geltendmachung dieses Repräsentationsverhältnisses sondern vielmehr das Dasein desselben hinausgeschoben ist: auch liegt eine Anerkennung des wahren Sachverhaltes darin, wenn man sich in diesem Fall, um zu erklären, warum die Suspensivbedingung nicht aber der Anfangstermin bei der Erbeinsetzung zulässig

zugesagt ist, der hat sofort ein festes Recht auf diese Erwerbung erlangt (dies cessit), welche ihm ohne seinen Willen nicht mehr entzo-

---

sei, gewöhnlich (z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 188, Savigny S. 211) darauf beruft, daß die erfüllte Suspensivbedingung nicht aber der eingetretene dies rückwirkende Kraft habe, denn dieß heißt eben nichts anderes, als daß in jenem Fall das Rechtsverhältniß ex tunc, in diesem dagegen ex nunc existire, d. h. daß das Dasein des Rechtsverhältnisses bis zum Eintritt des dies hinausgeschoben ist. (Bei Militärtestamenten wurde schon im röm. Recht der Anfangstermin bei Erbeinsetzungen dadurch aufrecht erhalten [l. 15 §. 4 l. 41 pr. D. de testam. milit. 29, 1 l. 8 C. eod. 6, 21], daß man das Verhältniß als ein fideicommissarisches behandelte vgl. Mühlenbruch XLII S. 101 fg.: diese Behandlungsweise hat das bürgerl. Gesetzb. in treffender Weise allgemein bei Erbeinsetzungen ex die eingeschlagen §. 707.) Dasselbe gilt auch bei betagten Obligationen: so lange der dies nicht gekommen ist, existirt die Obligatio noch nicht, ihre Existenz ist bis zu jenem Moment hinausgeschoben und beginnt erst von diesem an: ex die incipit obligatio l. 44 §. 1 D de O. et A. (welchen Ausdruck Mühlenbruch XLI S. 54 Note 2 mit Unrecht für einen „nicht ganz genauen" hält, während gerade er der „ganz genaue" ist, daher praesens obligatio im Gegensatz zu in diem [sc. dilata] obligatio l. 9 pr. D. de R. C.) und der Promittent schuldet nicht eher, als bis der Zeitpunkt gekommen ist, dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur l. 41 §. 1 cit. l. 14 cit. (cf. l. 12 D. de accept. 46, 4 l. 14 pr. D. de pign. 20, 1). Allein insofern der Wille des Promittenten bereits gebunden ist und der Promissar aus dem betagten Versprechen ein festes unentziehbares Recht auf die Forderung erworben hat (dies cessit l. 213 pr. D. de V. S.) und insofern der Promittent das, was er vor Eintritt des Termins gezahlt hat, aus Rücksicht auf die Position des Gläubigers und auf den Grundsatz dolo facit qui petit quod redditurus est l 8 pr. D. de dol. mal. exc. (44, 4) (wozu nach röm. Recht noch der Grundsatz kommt diei adjectionem pro reo esse) nicht zurückfordern darf (l. 10 l. 16—18 l. 56 D. de cond. indeb. 12, 6 §. 1434 a. b. G. B., Erxleben Die Conditionen I S. 94 fg.), erscheint für die praktische Auffassung der Promissar sofort als Gläubiger (l. 10 D. de V. S., er hat eine Forderung, aber eine noch nicht fällige), der Promittent sofort als Schuldner (l. 10 D de cond. indeb.) und das ganze Obligationsverhältniß, welches in der That ein hinausgeschobenes ist, als ein bereits existirendes, dessen Realisirung jedoch hinausgeschoben ist: praesens obligatio, cujus solutio in diem dilata est l. 46 pr. D. de V. O. §. 2 I. de V. O 3, 15. (Aus dieser doppelten Auffassung erklären sich auch die widersprechenden Stellen, wonach es bald heißt praesenti die non debetur, bald statim quidem debetur, prius tamen quam dies venerit peti non potest, bald ex die incipit obligatio, bald statim incipit deberi pecuniam l. 213 pr. de V. S.) Ebenso verhält es sich bei betagten Damnationslegaten (und nur ein solches Legat gibt es nach österr. Recht §. 684 a. b. G. B.), l. 21 pr. D quando dies (36, 2) si dies adposita legato non est, praesens debetur — adjecta (sc. die) — dies quidem legati statim cedit sed ante diem peti non potest l. 12 § 3 D. de leg. I. — praesentia legata data in diem proferuntur. l. 30 §. 2 eod. Aus der Generalisirung jener bei betagten Obligationen stattfindenden eigenthümlichen Auffassung ist jene (unrichtige) Ansicht hervorgegangen, daß durch den Anfangstermin nicht das Dasein des Rechtsverhältnisses, sondern nur dessen Geltendmachung hinausgeschoben sei.

gen werden kann, die Erwerbung des fraglichen Rechts selbst aber geschieht erst mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunkts (dies venit) [7].

Wer seinen Willen bedingt erklärt, macht das Dasein desselben von der Wirklichkeit eines bestimmten Umstands abhängig; wer seinen Willen unter einem Anfangstermin erklärt, setzt seinen Willen unabhängig von der Wirklichkeit einer gewissen Thatsache, aber erst von einem gewissen Moment an. Der Wille kann zugleich unter einer Suspensivbedingung und unter einem Anfangstermin erklärt werden, also ein Rechtsgeschäft zugleich ein (suspensiv-) bedingtes und ein betagtes (in diem) sein: dann ist vor Allem die Frage, ob der Wille respective das Rechtsverhältniß vorhanden sei, von der Wirklichkeit des als Bedingung gesetzten Umstands abhängig, für den Fall aber,

---

7) Auch in dieser Beziehung weicht die herrschende Lehre ab, indem ihr zufolge das betagte Recht selbst sogleich erworben und nur dessen Ausübung bis zu jenem Termin aufgeschoben sein soll (vgl. statt Aller Savigny S. 210): allein auch diese Ansicht ist unrichtig; das betagte Recht ist nicht ein gegenwärtiges, sondern ein künftiges Recht (jus futurum), dessen Entstehung aber nicht mehr willkürlich vereitelt werden kann, sondern, wenn alle übrigen Requisite seiner Existenz vorhanden sind, mit dem bestimmten Zeitpunkt ohne weiters stattfindet (vgl. auch oben §. 72 Note 18. 19). Wenn jemanden z. B. durch Tradition Eigenthum ex die bestellt wird, so hat er hiermit ein festes Recht auf den Eigenthumserwerb erworben (dies cessit. l. 5 §. 1 D. quando dies 36, 2) und dieses Recht verwirklicht sich mit dem Eintritt des Termins von selbst (l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7, 9 Plane si ex die proprietas alicui legata sit [betagtes Vindicationslegat] — ad eum proprietatem vel ad heredem ejus perventuram); bis zu diesem Moment behält der bisherige Eigenthümer z. B. der Tradent das Eigenthumsrecht, nur daß bereits vom cedere des dies an eine Gebundenheit seines Willens und auch eine objective Gebundenheit der Sache stattfindet (l. 3 §. 2. 3 C. commun. legat. 6, 43), worüber das Nähere im Sachenrecht. Ebenso hebt der ex die bestellte Usufructus (l. 4 D. de usufr. 7, 1 l. 2 D. quando dies 36, 2) oder das ex die bestellte Pfandrecht erst mit dem venire des dies an (vgl. Sintenis Handb. des gem. Pfandr. S. 368). Wird ein Erbe ex die ernannt, so erwirbt er das Recht Erbe zu werden sofort mit dem Todestag des Erblassers (dies cessit) und transmittirt es auf seine Erben (§§. 705. 809 a. b. G. B.), das Erbrecht selbst als das Recht Erbe zu sein (vgl. Bd I S. 534 fg.) aber wird erst mit dem Eintritt des dies erworben; ebenso wird bei betagten Legaten das feste Recht auf das Vermächtniß sofort erworben (dies cessit, l. 5 §. 1 l. 21 pr. D. quando dies 36, 2), allein das Vermächtniß selbst erst quando dies venit §. 707 „So lange das Recht des Erben oder Legatars — wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunkts verschoben bleibt“ vgl. §§. 705. 684). (Dies cedit bedeutet überhaupt nur, ein festes und vererbliches Recht auf die Erwerbung eines Rechts z. B. auf ein Vermächtniß erlangt haben l. 5 §. 1 l. 3 D. quando dies 36, 2.)

daß der Wille respective das Rechtsverhältniß überhaupt existiren sollte, zugleich die Bestimmung getroffen, von welchem Moment an diese Existenz datire[8]. Bei einer solchen Verbindung von Bedingung und Befristung kann das künftige Ereigniß, welches die bedingende Thatsache ausmacht, zugleich den Zeitpunkt bilden, von dem an das Rechtsverhältniß, wenn es überhaupt existirt, bestehen soll. Eine solche Verbindung von Bedingung und Zeitbestimmung findet unzweifelhaft dann statt, wenn dem Rechtsgeschäft ein Anfangstermin beigefügt ist, der durch ein künftiges Ereigniß bezeichnet wird, von dem es ungewiß ist, sowohl ob als wann es kommen werde[9]: der s. g. dies incertus (an et quando) ist nicht eine Bedingung, wie man dieß gewöhnlich behauptet[10], sondern enthält eine Bedingung: dies und conditio bestehen hier nebeneinander[11]: per diem

8) Vgl. z. B. l. 72 §. 5 D. de condit. et demonstr. (35, 1). In einem solchen Fall ist die Formel eine combinirte: ich will, wenn — und zugleich: ich will dann, wann —; die Bedingung betrifft die Frage, ob gewollt sei, die Zeitbestimmung die Frage, wann gewollt sei. In diesen Fällen trifft man das cedere des dies mit der Erfüllung der Bedingung zusammen, das venire des dies aber kann hiermit zusammentreffen (l. 213 pr. D. de V. S.) oder später eintreten.

9) Z. B. A tradirt dem B seine Sache mit der Bestimmung, B solle an seinem Hochzeitstag Eigenthümer werden; hier hängt die Frage ob B durch die Tradition Eigenthum erworben habe, davon ab, ob B heirathet, von dem Tag der Hochzeit aber datirt dann auch erst B's Eigenthumsrecht.

10) Man behauptet gewöhnlich, der dies incertus (an et quando) sei „gar keine Zeitbestimmung, sondern vielmehr eine wahre Bedingung, der höchstens der falsche Schein eines dies durch den ungenauen Ausdruck gegeben worden sei," „wahre Zeitbestimmung sei nur diejenige, welche keine Bedingung in sich enthalte" vgl. z. B. Savigny § 125, Wächter §. 97, Puchta §. 62, Arndts §. 73 u. A.; allein s. dagegen schon Mühlenbruch XLI S. 62 in der Note a. E. und insbes. Fitting in der im vorigen § Note 3 angef. Abhandl. Nr. 22—24 und vgl. die folgende Note. Diese Auffassung, welche in dem dies incertus an et quando eine bloße Bedingung sieht, opfert der conditio den dies, was in Beziehung auf die Frage, von welchem Augenblick an das Rechtsverhältniß datire, von großer praktischer Bedeutung ist l. 21 pr. D. quando dies 36, 2 (vgl. Noten 8. 9. 11 u. 14). Auch das bürg. Gesetzb. sieht in einem solchen dies eine conditio (§. 704): allein dieser theoretische Irrthum ist hier deßhalb von geringerer Bedeutung, weil nach österr. Recht (§. 707) der Suspensivbedingung bei letztwilligen Verfügungen ohnehin stillschweigend ein Dies inwohnt (vgl. vorhergeh. § Note 73) und die bedingte Forderung (§. 904 a. E. in Verbindung mit §. 704) regelmäßig zugleich eine betagte ist (vorherg. § Note 73).

11) Es wird auch in den Quellen mit großer Bestimmtheit hervorgehoben, daß bei einem dies incertus an-dies und conditio zusammentreffen, daß also nicht bloß eine Bedingung, sondern beides zugleich, Bedingung und Befristung, vorhanden sei; l. 22 pr. D. quando dies (36, 2) — non solum diem, sed et

conditio demonstratur (l. 22 pr. D. quando dies). In andern Fällen dagegen, in welchen der Anfangstermin durch ein künftiges Ereigniß bezeichnet ist, kann es zweifelhaft sein, ob die Parteien mit dem dies zugleich eine conditio ausdrücken wollten oder nicht[12]. Diese Frage ist eine reine Interpretationsfrage, eine quaestio facti[13]. Im Zweifel wird angenommen werden dürfen, daß die Parteien ihre Verfügung bloß als eine betagte, also als eine unbedingte, betrachtet wissen wollen, wenn es gewiß ist, daß das fragliche Ereigniß kommen wird, mag es übrigens gewiß oder ungewiß sein, wann es kommen wird (dies certus an, certus–incertus quando §. 705 a. b. G. B.)[14],

---

conditionem hoc legatum (sc. cum annorum quatuordecim esset factus) in se continet — nec interest utrum scribatur si annorum quatuordecim factus erit an ita, cum priore scriptura per conditionem tempus (vgl. vorherg. § Note 72) demonstratur, sequenti per tempus conditio: utrobique tamen eadem conditio est. l. 21 pr. eod. — At si incerta (sc. dies adjecta sit legato) nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere neque dies legati cedere potest. l. 49 §. 2 D. de leg. I. Hoc autem legatum (sc. cum annorum quatuordecim erit) et conditionale est, et in diem —. l. 72 §. 5 D. de cond. (35, 1).

12) Die praktische Wichtigkeit dieser Frage zeigt sich insbesondere bei letztwilligen Verfügungen, indem der Honorirte die Erfüllung der Bedingung erlebt haben muß, um sein Recht zu transmittiren (§. 703), während das betagte Recht sofort transmittirt wird (§. 705): bei betagten Legaten (nach österr. Recht auch bei betagten Erbeinsetzungen Note 6) cedit dies (vgl. Note 7) mit dem Todestag des Erblassers, bei dem bedingten Legat erst mit dem Eintritt der Bedingung; daher gestaltet sich die Frage, ob ein Legat als bedingtes oder betagtes zu betrachten sei, praktisch dahin: quando dies legati cedit D. h. t. 36, 2.

13) Die herrschende Lehre will einen objectiven absoluten Erkenntnißgrund dafür, ob dies oder conditio (richtiger dies und conditio, oder bloß dies vorhanden sei, aufstellen und gibt als solchen an, daß es darauf ankomme, ob das künftige Ereigniß ein ungewisses oder ein gewisses sei; im ersten Fall sei eine Bedingung, im zweiten eine Zeitbestimmung vorhanden (vgl. statt Aller Savigny S. 206 fg.): allein, wenn die ganze Frage nicht wirklich eine bloße Interpretationsfrage wäre und wenn in der That immer wenn das Ereigniß ein ungewisses ist, eine Bedingung, wenn dasselbe ein gewisses ist, eine Zeitbestimmung mit begrifflicher Nothwendigkeit vorhanden wäre, wie ließe es sich erklären, daß es unzweifelhaft, wie auch jene Lehre einräumt, Fälle gibt, in denen das Ereigniß ein ungewisses und die Verfügung dennoch eine unbedingte aber betagte ist (Note 15) und umgekehrt das Ereigniß ein gewisses und dennoch die Verfügung nicht bloß eine betagte sondern zugleich eine bedingte ist (Note 14)? — Bei der Lösung dieser Interpretationsfrage kann man sich auf die gebrauchten Partikeln: wenn, wann (si, cum) nicht mit Sicherheit verlassen (l. 45 §. 3 D. de V. O.).

14) Nach röm. Recht jedoch gilt bei letztwilligen Verfügungen die Regel: dies incertus (sc. quando, certus an) conditionem in testamento facit l. 75 D. de

während in jenen Fällen, wo es ungewiß ist, ob das fragliche Ereigniß eintreten werde, im Zweifel anzunehmen ist, die Parteien hätten per diem conditionem demonstrare gewollt, sollte sich gleich der Zeitpunkt, in welchem das Ereigniß, wenn es überhaupt eintritt, eintreten wird, vorausberechnen lassen[15] (dies incertus an, certus quando) (§. 704 a. b. G. B.).

2) Wer seinen Willen unter einem Endtermin erklärt, setzt seinen Willen, bestimmt aber, daß sein Wille von jenem Zeitpunkt an zu existiren aufhöre; die Formel für diese Willenserklärung ist: ich will, aber ich will dann nicht mehr, wann —. Der Moment, in dem der Wille aufhört, kann nach dem Kalender (z. B. usque ad Calendas dare spondes l. 44 §. 1 D. de O. et A. oder Titius usque ad annos decem heres esto l. 41 pr. D. de test. milit. 29, 1), oder durch ein künftiges Ereigniß bestimmt sein. Ist im letzteren Fall das künftige Ereigniß ein gewisses, das heißt ist es im vornhinein gewiß, daß es kommen werde, so ist das Rechtsgeschäft unzweifelhaft ein betagtes, mag im übrigen der Moment, wann es eintreten wird, sich im vorhinein bestimmen lassen oder nicht (dies certus an, certus — incertus quando; z. B. quoad vivit Titius heres esto l. 41 pr. cit.). Aber das Gleiche gilt auch in dem Fall, wenn es ungewiß ist, ob das künftige Ereigniß eintreten

---

cond. (35, 1) vgl. hierüber Savigny S. 212 fg., Mühlenbruch XLI S. 59 fg. 279 fg.): diese Regel ist eine bloße Interpretationsregel (Mühlenbruch S. 60); man kann aber nicht sagen, dadurch werde „der dies in eine Bedingung verwandelt, nemlich in die Bedingung des Erlebens eines solchen Tags" (Savigny S. 212), sondern man muß vielmehr sagen, der dies enthalte hier zugleich stillschweigend eine Bedingung (cl. l. 79 pr. D. de condit. 35, 1 l. 4 §. 1 D. quando dies 36, 2): nach österr. Recht gilt diese Interpretationsregel nicht, es ist die Verfügung somit bloß eine betagte.

15) Dann jedoch, wenn es aus den Umständen mit Sicherheit hervorgeht, daß der Verfügende den dies incertus an, certus quando, nicht um den Erwerb des Rechts abhängig zu machen, sondern nur um den Moment, in welchem das kategorisch zugedachte Recht erworben sein solle, zu bezeichnen, hinzugefügt habe, so wird eine solche Verfügung nicht als eine bedingte und betagte, sondern bloß als eine betagte behandelt und der unter einer solchen Bestimmung bedachte Erbe oder Legatar transmittirt sein Recht, sollte er auch vor dem Eintritt jenes Termins sterben (l. 46 D. ad Sc. Trebell. 36, 1 l. 18 §. 2 D. de aliment. leg. 34, 1 l. 5 C. quando dies 6, 53) vgl. Savigny S. 209. 210; dieß gilt unzweifelhaft auch nach österr. Recht, da §. 704 nur als Interpretationsregel des Willens anzusehen ist.

werde oder nicht, das heißt der dies incertus an enthält als Endtermin beigefügt nicht zugleich eine Resolutivbedingung (vgl. Note 16), sondern das Geschäft ist lediglich als ein betagtes anzusehen. Denn der Verfügende will in diesem Fall nicht das Dasein seines Willens überhaupt in Frage stellen: nicht die Existenz des Willens, sondern die Beendigung des vorhandenen Willens, nicht das Dasein des Rechtsverhältnisses, sondern die Fortdauer desselben ist vom dem Eintreten oder Ausbleiben jenes ungewissen Ereignisses abhängig gemacht. Tritt jenes Ereigniß ein, so stellt es sich nicht heraus, daß der Wille respective das Rechtsverhältniß niemals vorhanden gewesen sei, sondern daß der Wille respective das Rechtsverhältniß hiermit sein Ende erreicht habe: das Rechtsverhältniß löst sich für die Zukunft (ex nunc) auf[16]. Hierbei ist dann wieder ein zweifaches Verhältniß möglich. Es kann durch Hinzufügung des ungewissen Ereignisses als Endtermin überhaupt in Frage gestellt sein, ob der Wille respective das Rechtsverhältniß je aufhören werde; in diesem Fall besteht der Wille respective das Rechtsverhältniß so lange fort, bis jenes Ereigniß eintritt: deficirt es, so besteht der Wille respective das Rechtsverhältniß unbeschränkt fort (z. B. A verspricht dem B jährlich so lange 100 zu geben, bis dieser eine entsprechende Anstellung gefunden oder bis er sich verheirathet habe; A räumt der B bis zu deren Verheirathung den Nießbrauch an seinem Grundstück ein; A setzt den B auf so lange Zeit zum Erben ein, bis C heirathet)[17].

16) Eine Verbindung von Suspensivbedingung und Anfangstermin ist möglich, denn es enthält nichts Widersprechendes nur unter einer gewissen Voraussetzung zu wollen, und unter dieser Voraussetzung erst von einem gewissen Moment an zu wollen; allein eine Verbindung von Resolutivbedingung und Endtermin ist begrifflich unmöglich, da mit Erfüllung der Resolutivbedingung sich herausstellt, daß der fragliche Wille gar nicht existirt habe, Nichtexistirendes aber nicht mit einem gewissen Zeitpunkt zu existiren aufhören kann; man kann nicht erklären: ich will für diesen Fall nicht gewollt haben, und zugleich erklären: ich will von diesem Moment an nicht ferner wollen: resolutio ex tunc und resolutio ex nunc vertragen sich nicht. Die Gesetzgebungen, welche der Resolutivbedingung die rückwirkende Kraft absprechen, verwandeln hiermit die Resolutivbedingung in einem Endtermin.

17) Vgl. auch §. 256 a. b. G. B. Von diesem Standpunkt aus ist auch das so vielfach besprochene und öfters in der wunderlichsten Weise (vgl. Likawetz-Oberhauser in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1845 I S. 157 fg.) erklärte Hofdecret 2. Sept. 1844 (Anhang Nr. 57) aufzufassen: es handelt sich hierbei gar nicht um eine Resolutivbedingung, sondern bloß um einen Endtermin. Das Nähere im Erbrecht.

Es kann aber auch feststehen, daß die Parteien auf alle Fälle nur ein temporäres Verhältniß eingehen wollten und nicht die Frage ob das Rechtsverhältniß, sondern nur wann es aufhören solle, von jenem ungewissen Ereigniß abhängig machen wollten[18]: bleibt in diesem Fall das fragliche Ereigniß aus, so nimmt das Verhältniß dennoch sein Ende und zwar mit jenem Moment, wo das Ausbleiben jenes Ereignisses gewiß wird[19], oder, wenn der dies incertus an ein certus quando ist, mit dem Zeitpunkt, in welchem das Ereigniß, wenn es sich überhaupt verwirklichen könnte, eintreten müßte[20].

Die Wirkung des Endtermins besteht im Allgemeinen darin, daß mit seinem Eintritt der das Rechtsgeschäft erzeugende und tragende Wille zu existiren aufhört und hiermit auch das Rechtsverhältniß, welches ins Leben gerufen wurde und bisher wirksam bestand, sein Ende erreicht (§. 1449 a. b. G. B.). Was insbesondere Obligationen betrifft, so hören diese mit dem Eintritt des Endtermins ipso jure auf[21]. Ebenso die dinglichen Rechte an fremder Sache (jura in re aliena) und zwar nicht bloß Pfandrecht[22] (Nutzungseigenthum[23]) und Personalservituten[24], sondern nach österreichischem Recht[25] auch

---

18) Vgl. Schweppe Röm. Privatr. I §. 120, Wächter §. 97 Nr. 4.

19) Z. B. A verpachtet sein Grundstück bis zu der Zeit, wo sein Sohn von seinen Reisen zurückkomme, oder seine Tochter heirathen und mit ihrem Mann die Bewirthschaftung des Guts übernehmen wird; stirbt nun der Sohn auf der Reise, oder die Tochter vor der Heirath, so endet das Rechtsverhältniß in dem Jahr des Todes; cf. l. 4 D. loc. (19, 2) l. 20 §. 2 l. 21 eod.

20) Eine Anwendung dieser Regel findet sich in §. 528 a. b. G. B. cf. l. 12 pr. C. de usufr. 3, 33 (neque enim ad vitam hominis respexit sed ad certa curricula). Und dasselbe wird unter Umständen auch dann gelten, wenn man jemanden eine jährliche Unterstützung verspricht, bis ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird.

21) Z. B. eine jährliche Rente auf Lebenszeit oder auf 10 Jahre; ein Bestandvertrag oder eine Societät auf bestimmte Zeit (§§. 1113. 1205 a. b. G. B.); nach röm. Recht gingen Stipulationen unter einem Endtermin mit dem Eintritt desselben nicht ipso jure (ad tempus non potest deberi) sondern nur ope exceptionis (doli vel pacti conventi) unter (§. 3 I. de V. O. 3, 15 l. 44 §. 2 D. de O. et A. l. 56 §. 4 D. de V. O.) vgl. Savigny S. 220 fg. (vgl. auch oben §. 73 Note 4).

22) §. 468 a. b. G. B.; ebenso nach röm. Recht l. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6).

23) cf. l. 3 D. si ager vectig. (6, 3).

24) §. 527 a. b. G. B. l. 6 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) l. 16 §. 2 D. famil. ercisc. (10, 2) l. 12 pr. C. de usufr. 3, 33).

25) Anders nach gemeinem Recht, wonach Prädialservituten mit Eintritt des

Prädialservituten[26]. Wie es sich in dem Fall verhalte, wenn Eigenthumsrecht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (z. B. auf 10 Jahre) bestellt wurde, wird im Sachenrecht Gegenstand besonderer Untersuchung sein[27]. Ein unter einem Endtermin eingesetzter Erbe hat mit Eintritt des Termins die Erbschaft den Intestaterben[28], ein Legatar das Vermächtniß dem Erben zu restituiren[29] (§. 708 a. b. G. B.).

3) Ist der einem Rechtsgeschäft beigefügte Anfangstermin von der Art, daß er nie kommen kann (unmögliche Zeitbestimmung, dies impossibilis), so bleibt das Rechtsverhältniß ohne Anfang, das heißt es entsteht gar nicht: der Vertrag oder die letztwillige Verfügung ist in solchem Fall ungültig (§. 706 a. b. G. B.)[30]. Wird einem Rechtsgeschäft ein unmöglicher Endtermin beigefügt, also ein Zeitpunkt, von dem es bereits zur Zeit seiner Beifügung gewiß ist, daß er nie kommen wird, so kann das Rechtsverhältniß das fragliche Ende nicht finden: ein solcher Endtermin ist als nicht beigesetzt zu betrach-

Endtermins nicht ipso jure sondern ope exceptionis erlöschen l. 4 pr. D. de serv. (8, 1) l. 56 §. 4 D. de V. O. (vgl. oben §. 73 Note 4).

26) §. 527 a. b. G. B. Daß dort wo öffentliche Bücher bestehen, noch eine Löschung stattfinden muß, ist nicht eine Ausnahme von der Regel, sondern eine durch das Institut der öffentlichen Bücher bewirkte Modification derselben (§§. 444. 445 a. b. G. B.). Rechte, welche in der Zwischenzeit an dem ad diem eingeräumten Recht bestellt wurden, erlöschen mit dem Eintritt des Endtermins von selbst, weil ihr Object hinwegfällt (§§. 468. 527 a. b. G. B.); das Nähere im Sachenrecht.

27) Die herrschende Lehre (vgl. z. B. Sintenis in der Gieß. Zeitschr. Bd XX Nr. II, Wächter §. 97 Nr. 2) geht von der Ansicht aus, daß mit dem Ablauf des Termins der Besteller des Eigenthums nur einen persönlichen Anspruch auf Retradition habe, und daß die vom Erwerber mittlerweile auf die Sache gelegten Lasten bestehen bleiben: diese Ansicht halte ich für unrichtig (vgl. auch §§. 468. 527 a. b. G. B.); das Nähere im Sachenrecht.

28) Es gilt also dasselbe, was nach röm. Recht bei Militärtestamenten gilt l. 41 pr. D. de test. mil. (29, 1) — Sed si ita scripserit (heres): Titius usque ad annos decem heres esto, nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit (Mühlenbruch XLII S. 102 fg.), bei Testamenten von Nichtsoldaten dagegen wird der Endtermin weggestrichen: Hereditas — ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio l. 34 D. de hered. (28, 5).

29) Auch nach justinianischem Recht (vgl. Savigny S. 219. 220) wird das Legat unter einem Endtermin so behandelt, als wäre dem Legatar für diesen Tag die Rückgabe an den Erben als ein Fideicommiß auferlegt worden l. 26 C. de leg. (6, 37) — post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus — post transactum tempus res non culpa ejus (sc. legatarii vel fideicommissarii) deterior facta restituatur.

30) Das Gleiche gilt auch schon nach röm. Recht bei Testamenten; Savigny S. 215 fg. S. 202. 203.

ten und das Rechtsgeschäft ist in dieser Beziehung unbeschränkt[31] (§. 706 a. b. G. B.[32]).

Der Anfangstermin kann auch in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden, das heißt es kann von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht werden, von welchem Moment an sein Wille als gesetzt zu betrachten sei, also wann das Rechtsverhältniß beginnen solle, wann er seine Verpflichtung erfüllen wolle (cum volet). Die Voraussetzung hierbei ist die, daß nicht die Verpflichtung zur Erfüllung überhaupt, sondern nur die Erfüllungszeit der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt ist[33]. In einem solchen Fall verfällt der Erfüllungstermin mit dem Todestag des Verpflichteten[34]: bei Lebzeiten des Verpflichteten kann nicht wirksam geklagt werden, weil der Verpflichtete durch einfaches Nichtwollen die Erfüllung immer ablehnen kann, es müßte denn sein, daß es sich um „eine bloß persönliche nicht vererbliche Pflicht" handelt, in welchem Fall der Richter die Erfüllungszeit nach Billigkeit (§. 904 a. b. G. B.) das heißt mit Berücksichtigung aller individuellen Umstände (Bd I §. 11 Note 23) fest-

31) Vgl. Savigny S. 226.

32) Der §. 706 setzt fest, daß „die Bestimmung einer Zeit die nie kommen kann, in der letzten Anordnung wie die Beisetzung einer unmöglichen Bedingung anzusehen sei"; nach §. 904 nun sind die „Vorschriften, welche (§. 704—706) in Rücksicht der den letzten Anordnungen beigerückten Zeitbestimmung gegeben werden, auch hier (bei Verträgen) anzuwenden": hiernach ist ein Vertrag, dem ein Anfangs- oder Endtermin beigefügt wurde, der nie kommen kann, wie ein Vertrag unter einer aufschiebenden oder auflösenden unmöglichen Bedingung zu betrachten. (Nach der Ansicht unserer Schriftsteller, welche einen Vertrag unter einer unmöglichen Resolutivbedingung für ungültig halten (vgl. vorherg. § Note 94), müßte sonach ein Vertrag unter einem Endtermin, der nie kommen kann, gleichfalls nichtig sein!

33) Daher sagt auch §. 904 sehr richtig: „Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten." Hätte der Verpflichtete die Erfüllung selbst seiner Willkür vorbehalten, hätte er also versprochen 100 zu geben, wann es ihm gefällig sein werde, so ist das Versprechen wirkungslos, wenn er stirbt, ohne sich für die Leistung entschieden zu haben, weil es eben nicht feststeht, daß jedenfalls geleistet werden solle, l. 46 §. 2 D. de V. O.; in diesem Fall enthält das wann zugleich ein wenn.

34) l. 41 §. 13 D. de leg. III. Scaevola respondit: Cum heres scriptus rogatus esset, cum volet alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: Post mortem enim utique creditur datum. Das bürgerl. Gesetzb. (§. 904) hat hierin ganz das Richtige: die Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller gehen wegen der scheinbar widerstreitenden l. 46 §. 2 D. cit. l. 41 §. 13 cit. auseinander; vgl. Wächter §. 97 Note 14 und die bei ihm Angeführten.

zusetzen hat. Ist dem Verpflichteten die Bestimmung des Erfüllungstermins dergestalt überlassen, daß gewisse Momente bezeichnet sind, nach welchen er ihn zu bestimmen hat, so kann er auf Erfüllung belangt werden, wenn diese Momente sich verwirklicht haben (§. 904 a. b. G. B.) [35].

Auch der Endtermin kann in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden (quoad vellet): hier endet dann das Rechtsverhältniß, wann es dem Verpflichteten gefällig ist, jedenfalls aber mit dessen Tod [36].

III. Es gibt Rechtsgeschäfte, welche die Beifügung einer Zeitbestimmung der einen oder andern Art oder beider Arten nicht vertragen. Wird solchen Rechtsgeschäften dennoch eine Zeitbestimmung hinzugefügt, so wird in manchen Fällen das ganze Rechtsgeschäft dadurch ungültig [37], oder es wird die Zeitbestimmung hinweggestrichen und das Rechtsgeschäft als ein unbetagtes behandelt [38].

---

35) Hierher gehört (§. 904 a. b. G. B.): 1) wenn der Verpflichtete die Erfüllung „nach Möglichkeit" (sobald ich kann, cum potuero) versprochen hat; hierunter ist im Zweifel zu verstehen: sobald es mir möglich ist nach Bezahlung meiner andern Schulden und Deckung dessen, was zu meinem und der Meinigen Lebensunterhalt erforderlich ist (l. 125 D. de V. S. — propius est ut hoc eum sensisse existimem, deducto aere alieno potero); 2) wenn der Verpflichtete die Erfüllung „nach Thunlichkeit" (cum commodum erit) verspricht, so ist darunter im Zweifel zu verstehen: sobald es mir meine socialen Verhältnisse gestatten (l. 125 cit. — cum commodum erit hoc est cum sine incommodo meo potero, cum salva dignitate mea potero).

36) l. 4 D. loc. (19, 2) Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve vellet, morte ejus, qui locavit, tollitur. cf. l. 9 D. qui sine manumiss. (40, 8).

37) cf. l. 77 D. de R. J. (vgl. vorherg. § Note 116); so vertrug z. B. eine Acceptilation die Beifügung einer Zeitbestimmung nicht l. 5 D. de acceptil. 46, 4 (ein solcher Vertrag wurde aber als pactum de non petendo aufrecht erhalten und hiermit indirect die beabsichtigte Wirkung, den Schuldner zu liberiren, erreicht l. 8 pr. l. 19 pr. eod.); ebensowenig kann man sich ex die oder ad diem erbserklären (l. 77 cit. cf. l. 54 D. de A. vel O. H. 29, 2); das Nähere bei den betreffenden Rechtsverhältnissen.

38) So z. B. wird der Endtermin als nicht beigefügt betrachtet bei der Adoption (l. 34 D. de adopt. 1, 7 — nec enim nostris moribus convenit filium temporalem habere) und bei der Ehe; nach röm. Recht wird die Zeitbestimmung gestrichen bei letztwilligen Verfügungen (l. 34 D. de hered. instit. 28, 5. §. 9 I. eod. 2, 14); ebenso wird die Zeitbestimmung als nicht vorhanden betrachtet, wenn sie einem Geschäft beigefügt wurde, welches nach der Absicht der Parteien ein Precarium sein soll (l. 12 pr. D. de precar. 43, 26 cf. l. 4 §. 4 l. 5 eod. vgl. §. 974 a. b. G. B.).

c) Auflage (Auftrag, Modus) [1].

§. 84. Rechtsgeschäften, welche auf eine Vermögenszuwendung gerichtet sind, können Bestimmungen über eine Leistung beigefügt werden, welche der Empfänger des Vermögensvortheils zu machen hat, sei es, daß diese Leistung in einer Verwendung des Empfangenen in der bestimmten Weise, oder in einem sonstigen selbstständigen Thun oder Unterlassen besteht. Wird eine solche Auflage bei entgeltlichen Rechtsgeschäften einer Partei von der andern vertragsmäßig gemacht, so bildet sie einen Theil der von der andern Partei übernommenen Leistungen: es ist hierin nicht eine besondere eigenthümliche Nebenbestimmung, sondern eine gewöhnliche Nebenverabredung zu sehen, und es kann die Erfüllung der aufgelegten Verpflichtung wie sonst mit der Contractsklage gefordert werden [2]. Aber auch dann, wenn eine Vermögenszuwendung principiell und unmittelbar zu einem bestimmten Zweck, um eines bestimmten Erfolgs willen gemacht wird, so daß dieselbe im Fall der Nichterreichung des beabsichtigten Erfolgs durch Klage (Condictio) oder Einrede rückgängig gemacht werden kann, ist nicht eine besondere Nebenbestimmung vorhanden, indem die Zweckbestimmung in diesem Fall vielmehr als Hauptbestimmung erscheint [3]. Eine wahre und eigenthümliche Nebenbestimmung ist

---

1) Glück Bd IV §. 336, Mühlenbruch in der Fortsetzung Bd XLI S. 268 fg., Savigny System III §§. 128. 129, Böcking I §. 115, Erxleben Die condictiones sine causa II §. 14.

2) Z. B. der Käufer verspricht dem Verkäufer, die verkaufte Sache niemand anderem als diesem zu verkaufen (l 21 §. 4 D. de A. E. V. 19, 1), oder ihn eine gewisse Anzahl von Jahren umsonst (l. 21 § 6 eod.) oder gegen einen gewissen Zins (l. 21 §. 4 eod.) im Haus wohnen zu lassen; oder der Verkäufer übernimmt die Verpflichtung, das verkaufte Haus binnen einer bestimmten Zeit von den darauf haftenden Hypotheken zu befreien (l. 41 pr. D. de C. E. 18, 1); oder der Vermiether verspricht dem Miether eine bestimmte Summe zur Reparatur des Hauses zu geben (l. 58 §. 2 D. loc. 19, 2). Mit Unrecht sprechen manche Schriftsteller (z. B. Glück §. 336, Puchta §. 63 Vorles. I S. 153) auch in diesen Fällen von einem Modus im technischen Sinn; vgl. dagegen auch Savigny S. 226. 227 und Rudorff in der Note 1 zu Puchta's Vorles. a. a. O.

3) Hier wird also unter ausdrücklicher oder stillschweigender Voraussetzung einer vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Thatsache eine Vermögenszuwendung gemacht, welche durch Klage (Condictio) oder Einrede rückgängig gemacht werden kann, wenn sich jene Voraussetzung als irrig erweist, weil der Empfänger das ihm Verschaffte in diesem Fall zwar mit dem wirklichen Willen des Verfügenden aber doch gegen den eigentlichen Willen desselben hat; vgl. Windscheid Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung (1850) §. 1.

nur dann vorhanden, wenn der auf unentgeltliche und freiwillige Zuwendung eines Vermögensvortheils gerichtete Wille sich selbst beschränkt[4], indem der Geber dem Empfänger durch eine Nebenbestimmung auferlegt, das Empfangene oder dessen Geldwerth ganz oder theilweise zu einem bestimmten Zweck zu verwenden oder sonst etwas dafür zu leisten, und hiermit seine Gabe durch die darauf gelegte Last wieder einschränkt[5]. Eine solche eigenthümliche Nebenbestimmung[6], welche nur bei letztwilligen Verfügungen (Erbeinsetzung und Legat) und Schenkungen[7] vorkommen kann (§§. 700 fg. 901 a. b. G. B.) heißt **Auflage** (minder passend[8] **Zweckbestimmung**, **Verwen-**

---

4) Die Auflage erscheint daher gleich der Bedingung und Zeitbestimmung als eine Selbstbeschränkung des Willens (vgl. §. 695 a. b. G. B.), indem der ausgesprochene Wille dem Andern unentgeltlich und freiwillig einen Vermögensvortheil zu verschaffen (der animus donandi im weitesten Sinn) sich selbst durch Auferlegung einer Verpflichtung in seinem bereits gesetzten Umfang wieder einschränkt (z. B. A schenkt dem B 100, legt ihm aber auf, mit der Hälfte des Geldes A's verstorbener Mutter einen Grabstein zu setzen); vgl. Savigny S. 230 (ganz mit Unrecht hat sich Fitting in der §. 82 Note 3 angef. Abhandl. Nr. 3 gegen diese Auffassung erklärt).

5) Es ist daher z. B. eine Auflage vorhanden, wenn der Erblasser dem Erben oder Legatar auferlegt, ein Denkmal zu errichten, ein Waisenhaus zu gründen, das Grab des Verstorbenen auf bestimmte Weise zu besuchen und zu schmücken, oder eine bestimmte Person zu heirathen, oder einen Sclaven frei zu lassen u. s. f. l. 17 §. 4 l. 71 §. 1. 2 l. 80 l. 92 D. de condit. et demonstr. (35, 1) l. 17 §. 2 D. de manum. test. (40, 4) l. 1 C. de his quae sub mod. (6, 45); oder wenn der Geber dem Empfänger auferlegt, die Sache nach einer gewissen Zeit einem Dritten hinauszugeben (l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 55 l. 49 D. de donat. inter V. et U 24, 1); dagegen enthält z. B. die Nebenverabredung, wodurch sich der Besteller der Dos deren Rückfall vorbehält (dos receptitia §. 1229 a. b. G. B.), keine Auflage im technischen Sinn.

6) „Windscheid (in der Note 3 angef. Schrift) will an die Stelle des Modus die Voraussetzung setzen. Seine eigene Darstellung aber zeigt, wie verschieden in Begriff und Wirkung die mannigfaltigen Willensbestimmungen seien, die wir als Voraussetzung bezeichnen und wofür weder unsere Rechtsquellen noch die lateinische Sprache überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat," Böcking I §. 118 Note α; gegen die Ansicht Windscheid's über das Wesen der Voraussetzung „als einer besonderen Art von Selbstbeschränkung des Willens neben der Bedingung und Befristung und statt des Modus" vgl. auch Erxleben a. a. O. S. VI und Arndts §. 74.

7) Einen engern Umfang gibt Böcking §. 115 §. b—f (in Übereinstimmung mit Hugo Röm. Rechtsgesch. 11. Ausgabe S. 539 und ihm folgend Rudorff a. a. O.) dem Begriff des Modus, indem er ihn bloß auf Legate und Schenkungen beschränkt; nach österr. Recht kann über den im Text angegebenen Umfang dieses Begriffs kein Zweifel sein.

8) Vgl. Savigny S. 229. 230, Böcking Note 6.

dungsbestimmung), Modus im technischen Sinn[9], im Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuchs Auftrag[10].

Der Auftrag (Modus) unterscheidet sich sowohl von der bloßen Empfehlung (nudum praeceptum s. g. modus simplex[11]) als von der Bedingung. Der Empfehlung kommt als dem bloßen Ausdruck eines Wunsches oder Rathes eine rechtliche Wirkung überhaupt gar nicht zu: der Empfänger des Vortheils kann ohne allen Nachtheil die Befolgung der Empfehlung unterlassen[12], da diese Befolgung ihm nicht zur Pflicht gemacht, und jene Erklärung des Verfügenden nur als Ausdruck der äußern Veranlassung (causa) der Zuwendung anzusehen ist[13] (§. 711 a. b. G. B.). Eine bloße Empfehlung ist dann anzunehmen, wenn der Verfügende an der Erfüllung seines Ausspruchs gar kein wie immer geartetes Interesse hat[14]: besteht ein solches bestimmtes Interesse für den Geber, so ist eine wahre Auflage vorhanden, sollte auch das Interesse ein rein ideales, also ein solches sein, auf das ein obligatorisches Verhältniß nicht gegründet werden

9) Über die vielen Bedeutungen des Wortes modus vgl. Böcking §. a; öfters steht auch modus für conditio, sowie umgekehrt conditio für modus, vgl. z. B. Note 13, Arndts Anm. 3.

10) Der Modus erscheint in der That wie ein Auftrag, er drückt sich daher in der römischen Rechtssprache durch ut, in der deutschen durch: du mußt aber —, oder: er soll aber aus.

11) Im Gegensatz hierzu, als dem Modus ohne Absicht zu verpflichten, nennt man den wahren Modus, d. h. den Modus mit der Absicht zu verpflichten, häufig modus qualificatus, vgl. Glück §. 336, Böcking Note 21.

12) l. 2 §. 7 l. 3 D. de donat. (39, 5) l. 13 §. 2 D. de donat. inter V. et U. (24, 1) l. 71 pr. D. de condit. et demonstr. (35, 1) l. 114 §. 14 D. de leg. I l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. de leg. III.

13) l. 2 §. 7 D. cit. — si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposueral, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debebit —. l. 3 eod.

14) Ein s. g. modus simplex ist also anzunehmen, wenn bloß der Bedachte ein Interesse an der Erfüllung hat l. 71 pr. D. de condit. (35, 1) Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere, Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Wenn ferner A dem B eine Summe Geldes schenkt, damit sich dieser ein Haus baue oder seinen Acker bestelle, so ist nicht eine donatio sub modo vorhanden, sonders des Gebers Absicht geht nur dahin, eine Wohlthat zu erweisen: propter nullam aliam causam dat, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat (l. 1 pr. D. de donat. 39, 5) vgl. l. 13 §. 2 D. de donat. inter V. et U. und hierzu Windscheid Voraussetzung S. 106, Erxleben S. 259.

könnte[15]. — Von der (aufschiebenden) Bedingung unterscheidet sich der Modus[16] dadurch, daß bei der Bedingung das Dasein des Willens also auch des Rechtsverhältnisses von der Wirklichkeit des fraglichen Umstands (z. B. der Errichtung des Denkmals) abhängig gemacht ist, zu dessen Realisirung der Bedachte nicht verpflichtet ist[17], während beim Modus das Rechtsverhältniß sofort zurecht besteht, der in demselben stehende Bedachte aber verpflichtet ist, den Auftrag zu erfüllen[18]. Im Zweifel, ob Bedingung oder Auftrag gemeint sei, ist das letztere anzunehmen, weil es die geringere Beschränkung ist[19].

B. Die Erklärung des Willens.

1) Art der Willenserklärung[1].

§. 85. Auf dem Gebiet des Rechts genügt es nicht, daß der Willensfähige einen bestimmten Entschluß gefaßt habe, dieser Entschluß muß auch in der Außenwelt hervortreten, wenn er in rechtlicher Beziehung relevant sein soll: der Wille ist auf dem Rechtsgebiet nur insofern ein wirklicher und daseiender, als er ein verkörperter, geoffenbarter ist (vgl. oben §. 75 Note 2). Die Äußerung des Willens, „die Offenbarung, wodurch das innere Ereigniß des Wollens in die sichtbare Welt als Erscheinung eintritt" heißt Willenserklärung.

Der Wille kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden.

I. Die Willenserklärung ist eine ausdrückliche (unmittelbare), wenn sie durch Handlungen geschieht, welche lediglich den

15) l. 71 pr. cit. verb. Sed si filio etc. vgl. Erxleben §. 14 Note 20.

16) Man pflegt den Modus insofern modus purus zu nennen im Gegensatz zum s. g. modus mixtus, als dem mit einer Bedingung vermischten Modus (z. B. l. 21 l. 41 §. 1 D. de J. D. 28, 3), dieser aber ist gar nicht als Modus, sondern bloß als Bedingung zu betrachten, vgl. Puchta Vorl. I S. 143, Böcking Note 17: nur der s. g. modus purus ist wahrer Modus.

17) l. 41 pr. D. de C. E. (18, 1) vgl. oben §. 82 Note 52.

18) l. 80 D. de condit. et demonstr. (35, 1) — nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat (über diese Stelle vgl. Puchta Vorles. I S. 143. 144) l. 17 §. 2 l. 44 D. de manum. test. (40, 4).

19) cf. l. 44 D. cit. l. 9 D. de R. J. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur; vgl. Savigny S. 232, Böcking §. 115 a. E.

1) Glück Pandekt. Bd IV §§. 289—291, Savigny System Bd III §§. 131—133.

Zweck haben, den fraglichen Willen kund zu geben. Hierher gehört insbesondere die mündliche und die schriftliche Rede[2], ebenso aber auch Zeichen und Geberden, z. B. Nicken mit dem Kopfe[3], Hinzeigen mit dem Finger[4]. Die Zeichen und Geberden, welche jemand gebraucht, werden nothwendig der allgemein herrschenden Deutung unterworfen (§. 863 a. b. G. B.). Die gebrauchten schriftlichen oder mündlichen Worte sind häufig, wie das Gesetz, einer Auslegung bedürftig[5].

II. Die Willenserklärung ist eine stillschweigende (mittelbare, factische)[6], wenn sie durch Handlungen geschieht[7], welche

2) Die mündliche und schriftliche Rede stehen einander in der Regel ganz gleich, l. 38 D. de O. et A. (44, 7) §. 883 a. b. G. B.

3) l. 17 D. de novat. (46, 2) l. 52 §. 10 D. de O. et A (44, 7). Nach classischem röm. Recht konnten Fideicommisse auch durch bloßen nutus errichtet werden (cf. l. 21 pr. D. de leg. III); dieß gilt schon im justinianischen Recht nach der Exäquation der Legate und Fideicommisse nicht mehr, und ebensowenig nach österr. Recht (§. 647 a. b. G. B.).

4) l. 6 D. de R. C. (12, 1). So kann man z. B. beim mündlichen Testament den Erben mit der Hand bezeichnen l. 58 pr. D. de her. inst. (28, 5) l. 9 §. 8 eod. Ulp. XX 1.

5) Manche Schriftsteller (z. B. Sintenis I §. 18, Mühlenbruch I §. 115, Wächter II §. 108, Arndts §. 75, Böcking I §. 117) handeln im allgemeinen Theil von der Interpretation der Rechtsgeschäfte, allein genau betrachtet beziehen sich die aufgestellten Regeln doch immer nur auf Verträge (§§. 914. 915 a. b. G. B.) und Erklärungen des letzten Willens (§. 656 a. b. G. B.), daher sie zweckmäßiger im Obligationen- und Erbrecht dargestellt werden; vgl. auch Savigny S. 245. — Daß in jenen Fällen, wo die gegebene Erklärung ausdehnend ausgelegt werden muß, nicht eine stillschweigende Willenserklärung vorhanden sei (wie dieß Glück IV §. 290, Höpfner §. 735 und ihnen folgend Zeiller III S. 13 annehmen), versteht sich von selbst.

6) Vgl. Heyne De voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole ejusque in jure effectibus, 1840 (154 p.) p. 3, 4 findet sich ein Verzeichniß der Abhandlungen über stillschweigende Willenserklärungen, unter denen insbesondere Kori Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften 1817 hervorgehoben zu werden verdient.

7) Auch eine mit Worten gemachte Erklärung kann eine stillschweigende sein, wenn nemlich die Worte noch die Erklärung eines andern Willens außer dessen, den sie unmittelbar ausdrücken, enthalten (vgl. Savigny §. 131 Note a); z. B. A fragt um den Preis der Elle eines ihm vorgezeigten Stoffs und sagt dann zum Kaufmann, daß er drei Ellen herabschneiden solle; oder jemand läßt sich vor einem incompetenten Richter freiwillig in mündlicher oder schriftlicher Rede auf einen Proceß ein; andere Beispiele s. in l. 5 D. rat. rem hab. (46, 8) l. 26 §. 1 D. de pign. (20, 1). Mit Unrecht (vgl. dagegen schon Höpfner §. 735 Note 3) hat man daher öfters in älterer und neuerer Zeit (vgl. z. B. Schilling §. 75 Note m und noch neuerlichst Meyer in der §. 86 Note 11 erwähn-

nicht lediglich in der Absicht vorgenommen werden, um den fraglichen Willen kund zu geben, die aber dennoch aus diesem Willen hervorgehen, welcher daher mittelbar aus ihnen entnommen (erschlossen) werden kann. In diesen Fällen findet somit ein Schluß von der Handlung auf das Dasein des Willens statt, daher man solche Handlungen schlüssige (facta concludentia, concludente Handlungen) zu nennen pflegt. Die Frage, welche Handlungen so beschaffen seien, daß sich aus ihnen ein gültiger Schluß auf die Existenz des Willens ziehen lasse, ist eine Frage, welche mit Rücksicht auf die individuelle Beschaffenheit des concreten Falles beantwortet werden muß: über die Eigenschaft der Concludenz einer Handlung lassen sich keine allgemeinen Regeln geben, es ist dieß eine quaestio facti, nicht juris (§. 863 a. b. G. B.)[8]. Im Allgemeinen läßt sich nur Folgendes sagen. Der Schluß, welcher aus einer concludenten Handlung gezogen wird, kann unter Umständen mit logischer Nothwendigkeit und absoluter Sicherheit gemacht werden. In diesem Fall, wenn also die Handlung, aus welcher concludirt wird, gar keine andere Deutung zuläßt, kann sich der Handelnde nicht weiter darauf berufen, daß er nicht diesen sondern einen andern Willen gehabt habe: er muß den gezogenen Schluß gegen sich gelten lassen, und ein Beweis des Gegentheils ist in der Regel (vgl. diesen §. a. E.) nicht nur nicht zulässig, sondern geradezu undenkbar und unmöglich. In solchen Fällen pflegt man von einer stillschweigenden Willenserklärung im engeren eigentlichen Sinn zu reden[9] (voluntas tacite patefacta, tacite declarata) und versteht darunter jenen Fall der still-

---

ten Schrift) den Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung darin finden wollen, daß erstere durch Worte oder Zeichen, letztere durch Handlungen (re, factis) geschehe; so scheint es auch der §. 863 a. b. G. B. zu nehmen, vgl. Zeiller III S. 11 fg., Heyne §. 2 n. 4 (diese unrichtige Ansicht ist wohl aus der l. 5 D. rat. rem haberi 46, 8 Non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu — hervorgegangen).

8) Vgl. Puchta Vorles. I S. 146. — Einige wichtigere Fälle behandelt Heyne in der sectio II seiner angef. Schrift; einen im praktischen Leben häufig vorkommenden Fall untersucht Klemm Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren 1854 (70 S., eine Untersuchung, deren Resultate nicht durchaus für richtig befunden werden können).

9) Vgl. Heyne §. 2, Klemm S. 4. Auch das bürgerl. Gesetzb. gebraucht in der Marginalrubrik zu §. 721 fg. den Ausdruck „stillschweigend“ in diesem engern Sinn; vgl. Zeiller II S. 700. 701. 705.

schweigenden Willenserklärung im weitern Sinn, in welchem aus der vorliegenden Handlung mit solcher inneren Nothwendigkeit auf den zu Grunde liegenden Willen geschlossen wird, daß jede andere Annahme der gesunden Vernunft widerstreiten würde [10]. In Fällen dieser Art kann die Concludenz der Handlung auch durch eine Protestation nicht ausgeschlossen werden. Denn die ausdrückliche Erklärung, daß man eine Handlung nicht in einer gewissen Absicht un-

---

10) Beispiele solcher stillschweigenden Willenserklärung im engern Sinn gibt es in Menge (Hoyne §. 5): so gilt eine Servitut als stillschweigend legirt, wenn die legirte Sache ohne diese Servitut gar nicht gebraucht werden könnte (l. 15 §. 1 D. de usu et usufr. 33, 2), als stillschweigend erlassen, wenn der Berechtigte dem Verpflichteten gestattet, ein Werk aufzuführen, durch dessen Errichtung die Ausübung der Servitut unmöglich wird (l. 18 pr. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6); so liegt in der Vorausnahme der Capitalszinsen (soweit sie überhaupt verstattet ist §. 997 a. b. G. B.) das stillschweigende Versprechen das Capital nicht früher zurückzufordern (l. 57 pr. D. de pact. 2, 14 l. 2 §. 6 D. de dol. mal. exc. 44, 4), in der Vorausbezahlung des Miethzinses (§. 1102 a. b. G. B.) ein stillschweigender Vertrag über die Dauer des Miethverhältnisses; so liegt in der Annahme der Zahlung oder in der Forderung derselben nach dem zur Zahlung bestimmten Termin ein stillschweigender Verzicht auf die lex commissoria (l. 6 §. 2 l. 7 D. de lege commiss. 18, 3), im Verbot des Erblassers über den Nachlaß zu testiren, ein stillschweigendes Fideicommiß zu Gunsten der Intestaterben des Instituten (l. 74 pr. D. ad. Sc. Treb. 36, 1 l. 77 §. 24 D. de leg. I §. 610 a. b. G. B.), in dem zu Gunsten einer bestimmten Person getroffenen Verbot des Erblassers eine Sache zu veräußern, ein stillschweigendes Fideicommiß zu Gunsten dieser Person (l. 114 §. 14 D. de leg. I, zum Schlußsatz des §. 610 a. b. G. B. vgl. l. 38 §§. 3. 4 D. de leg. III); so liegt in der Fortführung eines vom Geschäftsführer ohne Auftrag begonnenen Geschäfts eine stillschweigende Ratihabition der Geschäftsführung (l. 5 D. rat. rem hab. 46, 8), in der Annahme eines Kaufpreises ein stillschweigender Verkauf (l. 12 D. de evict. 21, 2), in der Einlassung auf eine vor einem incompetenten Gericht angebrachte Klage eine stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes (l. 1 l. 2 pr. l. 19 §. 2 D. de jud. 5, 1 l. 15 D. de jurisd. 2, 1), im Verzehren oder Verbrauchen einer unbestellt mit Preisangabe übersendeten Waare eine stillschweigende Einwilligung in den Kauf (Klemm S. 57); so liegt in der Fortsetzung des Gebrauchs nach Ablauf der Bestandzeit durch den Bestandnehmer oder in der Unterlassung der bedungenen Aufkündigung eine stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrags (l. 13 §. 11 D. loc. 19, 2 §. 1114 a. b. G. B.), in der Bestellung einer Arbeit die stillschweigende Einwilligung, einen angemessenen Lohn dafür zu zahlen (§. 1152 a. b. G. B.), in dem Durchstreichen oder Durchschneiden eines Testaments oder Codicills ein stillschweigender Widerruf desselben (l. 1 pr. D. de his quae in testam. del. 28, 4 l. 1 §. 8 D. si tab. test. null. exst. 38, 6 §. 721 a. b. G. B.). (Dagegen gehört der Fall der l. 17 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1 nicht hierher [Stubenrauch II S. 381 führt ihn mit Unrecht als einen Fall stillschweigender Willenserklärung auf], da der Wille des Testators nur ungeschickt ausgedrückt ist.)

ternehme, kann nur dann wirksam sein, wenn sie gegen die sonst mögliche und zulässige Deutung einer eigenen Handlung gerichtet ist. In den vorliegenden Fällen aber handelt es sich gar nicht um eine mögliche Deutung, hier ist die Deutung vielmehr eine nothwendige, und daher durch Gegenerklärung nicht ausschließbare: die Protestation gegen eine solche Willenserklärung ist als eine contradictio in adjecto (s. g. protestatio facto contraria) in der Regel[11] gar nicht zu berücksichtigen[12].

Ganz anders verhält es sich dagegen in jenen Fällen, wo aus einer Handlung der Schluß auf den Willen nicht mit logischer Nothwendigkeit gezogen werden kann. Es gibt nemlich Fälle, in denen eine Handlung so beschaffen ist, daß sie nicht als Manifestation nur dieses Willens erscheint, sondern vielmehr aus der einen oder andern Absicht hervorgegangen sein kann und daher verschiedene Deutungen zuläßt[13]. Ob nun einer solchen Handlung die eine oder andere der mehreren an sich möglichen Bedeutungen beizulegen sei, ist im concreten Fall aus den sie begleitenden Umständen nach allgemeinen Denk-

---

11) Unter Umständen kann aber die Protestation juristische Bedeutungslosigkeit der ganzen Handlung zur Folge haben, wenn nemlich durch die sofort beigefügte Verwahrung die gegebene Willenserklärung unmittelbar aufgehoben wird; z. B. jemand fordert einen Kaufmann auf (vgl. Note 7) 3 Ellen Tuch herabzuschneiden, protestirt aber sofort gegen alle für ihn daraus entstehende Verbindlichkeit.

12) So in den meisten der Note 10 angef. Beispiele. c. 54 i. f. X de appell. (2, 28) — Sed si verbo vel facto appellationem se velle prosequi protestatur, non est tanquam adversa petens et sibi contrarius, audiendus. cf. Heyne §. 14.

13) So kann z. B. die Einhändigung des Schuldscheins an den Schuldner aus verschiedener Absicht hervorgegangen sein und daher ganz verschiedene Deutungen zulassen (vgl. Savigny S. 247); sie kann geschehen sein, um die empfangene Zahlung zu documentiren (der zurück erhaltene Schuldschein begründet für den Schuldner eine Rechtsvermuthung der geschehenen Zahlung l. 14 l. 15 C. de sol. 8, 43 §. 1428 a. b. G. B.), oder um dem Schuldner die Schuld zu erlassen (l. 2 §. 1 D. de pact. 2, 14 l. 7 C. de remiss. pign. 8, 26), oder um den Schuldner eine Abschrift nehmen zu lassen. Ebenso kann im Durchstreichen eines Schuldscheins unter Umständen ein stillschweigendes Bekenntniß der empfangenen Zahlung, unter Umständen ein stillschweigender Erlaß der Schuld liegen (ein Beweis der geschehenen Zahlung, wie nach röm. Recht l. 24 D. de prob. 22, 3, liegt darin nach österr. Recht nicht). Ebenso kann die Anmaßung unbestellt empfangener Waaren in der Absicht, sie zu kaufen, aber auch in anderer Absicht (z. B. animo negotium gerendi) geschehen sein u. s. f. — Diese concludenten Handlungen können auch Omissivhandlungen sein, vgl. z. B. l. 26 D. de prob. (22, 3) und l. 17 §. 1 D. de usur. (22, 1) und dazu Savigny IV §. 158 Note g.

gesetzen zu entscheiden und zwar ist es Sache desjenigen, der behauptet, daß einer Handlung gerade diese Deutung zukomme, seine Behauptung zu beweisen[14], also die Concludenz der Handlung, das Dasein der fraglichen Absicht zur juristischen Gewißheit zu erheben[15]. In manchen Fällen kommt das Gesetz den Parteien dadurch zu Hülfe, daß es selbst den Schluß von einer Handlung auf den Willen zieht, indem es bestimmt, daß im Zweifel eine gewisse Handlung als der Ausdruck gerade dieses Willens anzusehen sei, also die Vermuthung aufstellt, daß die Handlung in dieser Absicht unternommen worden sei[16]

14) Dieser Beweis kann auch durch Eidesdelation geführt werden (vgl. Bülow und Hagemann Prakt. Erörter. Bd II Nr. 52); auch ist sicher in diesem Fall auch nach österr. Recht ein Beweis aus den Umständen zulässig (§. 863 a. b. G. B.), der häufig allein möglich sein wird.

15) Hieraus ergibt es sich, wie unzukömmlich es ist, in allen diesen Fällen, wo der Schluß von der Handlung auf den Willen nicht mit logischer Nothwendigkeit gezogen werden kann, von einem vermutheten Willen zu sprechen (wie dieß z. B. Heyne §§. 2. 6 und Klemm S. 4 fg. thun). Diese Bezeichnung hat zu der irrigen Auffassung Veranlassung gegeben, die voluntas praesumta als diejenige Willensmeinung zu definiren, welche aus Handlungen als wahrscheinliche Absicht des Handelnden gefolgert werde (z. B. Klemm S. 5); allein in diesen Fällen muß die behauptete Existenz des Willens bewiesen, also zur juristischen Gewißheit erhoben werden, dafern nicht das Gesetz selbst den Wahrscheinlichkeitsschluß von der Handlung auf den Willen aufstellt, in welchem Fall allein von einem consensus praesumtus die Rede sein kann. Auch Mühlenbruch I §. 98, der in der Sache ganz das Richtige hat, irrt, wenn er in dem Fall von einem consensus praesumtus spricht, wo der Schluß nur zu einer auch für den juristischen Beweis nicht genügenden Wahrscheinlichkeit führt, da in einem solchen Fall gar kein Consens vorliegt, außer das Gesetz würde ihn präsumiren, wo dann aber eben ein Fall des allein so zu nennenden consensus praesumtus vorhanden ist (vgl. auch Wächter §. 98 Note 5). Auch ist es wohl zu beachten, daß das bürg. Gesetzbuch den Ausdruck „vermutheter“ Wille (Marginalrubrik zu §. 724) nur für den Fall gebraucht, wo das Gesetz eine Präsumtion für die Concludenz der Handlung aufstellt. — Jene Bezeichnung hat ferner zu der irrigen Ansicht (welche sich z. B. bei Nippel IV S. 447 findet) Veranlassung gegeben, daß nur in jenen Fällen eine mehrdeutige Handlung als concludent anzusehen sei, wo das Gesetz selbst eine Vermuthung ausspricht, da im übrigen (§. 105 A. G. O.) s. g. einfache Vermuthungen nicht zu berücksichtigen seien. Allein es handelt sich hier eben nicht um bloße Vermuthungen, indem die Behauptung daß einer Handlung gerade diese Deutung zukomme, durch Beweis zur juristischen Gewißheit erhoben werden muß.

16) So erklärt z. B. das Gesetz (§§. 724. 725 a. b. G. B. cf. l. 15 l. 18 l. 24 §. 1 D. de adim. leg. 34, 4) gewisse Handlungen als concludent, um daraus auf den Widerruf des Legats zu schließen; ebenso ist kraft positiver Vorschrift (§. 467 a. b. G. B. cf. l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6) aus der Rückstellung der Pfandsache auf die Remission des Pfandrechts (nicht aber auf den Erlaß der Schuld l. 3 D. de pact. 2, 14) zu folgern; in Ansehung der Sachen, welche der

(s. g. **vermuthete Einwilligung**, consensus praesumtus[17]). Aber auch in einem solchen Fall kann in der Regel noch immer der Beweis geführt werden, daß der Handelnde nicht den vermutheten Willen gehabt habe[18], daß also seine Handlung nicht als die still-

---

Ehemann seiner Gattin zum Putz gegeben hat, wird der animus donandi präsumirt §. 1247 a. b. G. B., ebenso im Fall des §. 791 a. b. G. B. cf. l. 50 D. fam. ercisc. 10, 2 (dagegen wird nach österr. Recht §. 1224 im Zweifel, ob das Heirathsgut aus dem Vermögen der Eltern oder der Braut ausgesetzt worden sei, der animus donandi nicht präsumirt, während eine solche Präsumtion nach gemeinem Recht stattfindet l. 7 C. de dot. promiss. 5, 11).

17) Die Ansichten über den Begriff des consensus praesumtus, ja selbst über die Zulässigkeit der Annahme eines solchen sind bekanntlich sehr verschieden (vgl. Note 15). Die ältere Schule (z. B. **Glück** IV §. 291, **Thibaut** System §. 108, **Höpfner** §. 735, **Wiener Heineccius** I S. 538) verstand unter dem consensus praesumtus solche Fälle, in welchen nicht aus vorliegenden Handlungen, sondern aus allgemeinen Gründen (z. B. aus der bekannten Denkungsart eines Menschen oder aus der gewöhnlichen Handlungsweise der Menschen überhaupt) auf den Willen geschlossen wird. (Als Beispiel wurde gewöhnlich der Fall angeführt, daß man sich in der Abwesenheit eines Freundes, der uns sonst Bücher zu leihen pflege, ein Buch in der Voraussetzung nimmt, der Freund werde nichts dagegen haben, oder daß man annimmt, der abwesende Vater werde in die Ehe der Tochter einwilligen, weil sie vortheilhaft ist.) Daß nun ein solcher vermutheter Wille gar kein wahrer wirklich vorhandener Wille sei, sondern daß hier höchstens die mehr oder weniger gegründete Erwartung der Einwilligung vorliege, liegt am Tage und wurde auch schon früher erkannt; vgl. z. B. **Gros** Naturr. §. 188 Anm. 3, **Zeiller** natürl. Privatr. §. 96. Comment. III S. 13. 14 (das Beispiel aber, das **Zeiller** S. 12 für die stillschweigende Willenserklärung gibt, ist unrichtig, da es gerade einen Fall der von **Zeiller** selbst verworfenen vermutheten Einwilligung im Sinn jener älteren Schule enthält.) — **Savigny** §. 133 (dem **Sintenis** I §. 18 folgt) verwirft die Annahme eines consensus praesumtus ganz und gar und setzt an dessen Stelle die **fingirte** Willenserklärung. Allein mit Unrecht (vgl. dagegen insbes. **Böcking** I §. 118 Anm., dessen Bemerkungen aber auch nicht durchgängig richtig sind und **Sintenis** selbst §. 18 Note 34), denn **fingirt** ist eine Zustimmung nur dann, wenn das Gesetz sie in Fällen annimmt, in denen es feststeht, daß der fragliche Wille in der That nicht vorhanden ist (so z. B. findet in dem Fall des §. 876 a. b. G. B. allerdings eine Fiction der Einwilligung statt, da es hier feststeht, daß des wesentlichen Irrthums halber die Einwilligung in der That nicht vorhanden ist vgl. unten §. 89 Text zu Note 21 fg.). In manchen der von **Savigny** angeführten Fälle (z. B. l. 2 §. 2 D. solut. matrim. 24, 3) insbesondere im Fall des s. g. stillschweigenden Pfandrechts findet aber allerdings ebenso eine Fiction statt (l. 4 pr. l. 6 pr. D. in quib. caus. pign. 20, 2) als in den Fällen eines s. g. quasi contractus (l. de obl. quasi ex contr. 3, 27 cf. **Heyne** §. 1); allein diese Fictionen sind theoretischer Natur, indem sie nur die doctrinelle Basis für die betreffende dispositive oder absolute Rechtsvorschrift oder für die Interpretation der Juristen sind (was insbes. von **Weber** Lehre von der natürl. Verbindl. §. 24 fg. verkannt worden ist, dem die meisten älteren Schriftsteller wie **Glück** §§. 291. 308 und auch **Zeiller** III S. 14 hierin gefolgt sind).

18) So kann z. B. in den Fällen des §. 724 immerhin der Beweis geführt

schweigende Erklärung dieses Willens angesehen werden könne (s. g. einfache Rechtsvermuthung, praesumtio juris [19]). In allen Fällen, wo eine Handlung möglicherweise als die Erklärung eines gewissen Willens angesehen werden kann, kann der Handelnde diese Deutung durch eine ausdrückliche Gegenerklärung (Protestation) ausschließen; ja eine rechtzeitige Protestation ist in manchen Fällen nothwendig, um die nach gesetzlicher Vorschrift sonst unausweichlich stattfindende Schlußfolgerung von der Handlung auf den Willen zu beseitigen [20].

---

werden, daß der Erblasser nicht die Absicht gehabt habe, das Legat zu adimiren (l. 65 §. 2 D. de leg. I §. 12 I. eod. tit. 2, 20), ebenso im Fall der Rückstellung einer Pfandsache ohne Vorbehalt der Beweis, daß der Gläubiger auf sein Pfandrecht nicht verzichten wollte (cf. l. 3 D. de act. pigner. 13, 7), und im Fall des §. 1247 kann aus den Umständen (Zeiller III S. 627. 628) der Beweis geführt werden, daß der Ehemann den animus donandi nicht gehabt habe.

19) Von diesen Fällen, in welchen das Gesetz eine Handlung als concludent erklärt, sind jene Fälle wohl zu unterscheiden, in welchen das Gesetz eine Dispositivvorschrift gibt, sollte immerhin der hierbei gebrauchte Ausdruck etwa dahin lauten, daß ein gewisser Wille angenommen, vermuthet werde. Die Unterscheidung ist deßhalb von praktischer Wichtigkeit, weil die Anwendung der Dispositivvorschrift nur durch den darauf gerichteten und erklärten Willen der Parteien ausgeschlossen werden kann, während in den Fällen des consensus praesumtus der Beweis genügt, daß der vom Gesetz vermuthete Wille im concreten Fall nicht vorhanden gewesen sei, um die Präsumtion zu beseitigen. Das charakteristische Kennzeichen des consensus praesumtus liegt aber darin, daß eine Handlung vorhanden sein muß, welche als Erklärung des fraglichen Willens möglicherweise betrachtet werden kann: wo es an einer solchen Handlung fehlt, die als Zeichen des Willens interpretirt werden kann, da kann die gesetzliche Bestimmung nicht als die Aufstellung einer Rechtsvermuthung angesehen werden. Es ist daher z. B. in den Fällen der §§. 620. 623. 628. 713. 1030. 1082. 1084. 1115. 1158. 1203. 1238 a. b. G. B. trotz des leicht täuschenden Ausdrucks nicht eine Rechtsvermuthung sondern eine Dispositivvorschrift vorhanden; ebenso ist die Bestimmung des gemeinen Rechts (l. 3 §. 11 l. 4 D. de adim. leg. 34, 4), daß ein Legat, im Fall heftiger nicht versöhnter Verfeindung des Testators mit dem Legatar als adimirt zu betrachten sei, eine Dispositivvorschrift, daher in Österreich, selbst wenn dieser Umstand vollständig bewiesen sein sollte, dennoch das Legat bei Kräften bleibt, weil es sich hier eben nicht um eine concludente Handlung, sondern um eine Dispositivvorschrift handelt, welche das österr. Gesetzb. nicht aufgenommen hat. In manchen Fällen findet weder eine Rechtsvermuthung, noch eine Fiction der Einwilligung, noch eine Dispositivbestimmung statt, sondern die Vorschrift ist eine absolute, welche daher auch durch Protestation oder Reservation nicht ausgeschlossen werden kann, so z. B. im Fall des §. 96 a. b. G. B. (cf. Heyne §. 1 Note 6), den man gewöhnlich (vgl. z. B. Zeiller I S. 263) auf einen stillschweigenden Verzicht zurückzuführen geneigt ist.

20) So z. B. muß der Pfandgläubiger, der dem Schuldner die Pfandsache zurückstellt, sich das Pfandrecht reserviren, §. 467 a. b. G. B. l. 4 §. 1 D. quib. mod.

Eine besondere Erwägung verlangt die Frage, ob das Schweigen eine concludente Handlung sei[21], das heißt ob aus dem Unterlassen des Widerspruchs auf Einwilligung geschlossen werden könne[22]. In der Regel ist das Schweigen als eine Nichtäußerung des Willens zu betrachten, es läßt sich daher aus demselben weder Zustimmung[23] noch Ablehnung folgern[24]. Ausnahmsweise[25] aber kann aus dem

---

pign. (20, 6) — pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit —. Vgl. ferner §. 791 a. b. G. B. Es wird also durch Unterlassung der Protestation oder Reservation, welche der mit der Sachlage bekannte Handelnde hätte vornehmen können und sollen, die Rechtsvermuthung zu einer unwiderlegbaren (s. g. praesumtio juris et de jure).

21) Mit Unrecht hat sich Sintenis I §. 18 S. 155. 156 und Note 28 gegen die Auffassung der Willenserklärung durch Schweigen als eines Falls der stillschweigenden Willenserklärung erklärt; nach ihm soll der erste Fall mit dem letzteren nur „verwandt" sein.

22) Vgl. Glück IV §. 290, Heyne §. 8—13, Savigny §. 132, Klemm S. 31 fg.

23) Dieß wird heut zu Tage allgemein anerkannt, während man früher die gegentheilige Behauptung unter Berufung auf die in ihrer Allgemeinheit unrichtige regula Bonifacii (c. 43 de R. J. in VI): Qui tacet consentire videtur aufstellte (über die verschiedenen Vereinigungsversuche des c. 43 cit. mit c. 44 eod. vgl. folgende Note s. Heyne §. 9, Savigny Note a). — Das im Text Gesagte gilt auch für den Fall, daß der Proponirende erklären sollte, er werde unser Schweigen als Zustimmung ansehen, da er nicht das Recht hat, uns zu einer Erklärung zu nöthigen, vgl. Heyne §. 11, Sintenis II S. 245.

24) l. 142 D. de R. J. Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare; diese Regel ist übergegangen in c. 44 de R. J. in VI.

25) Die Ansichten über diesen Punkt sind bekanntlich noch heutigen Tags sehr verschieden. Die im Text aufgestellte Ansicht ist die der älteren Schule (vgl. Glück §. 290), welche auch von den Verfassern des bürgerl. Gesetzb. getheilt wurde (Zeiller III S. 13) und von manchen neueren Schriftstellern gebilligt wird (z. B. von Schilling II §. 73, Mühlenbruch I §. 98, wie es scheint auch von Puchta §. 64 und Arndts §. 64 Anm. 2). Diese Ansicht dürfte aber auch principiell die richtige sein, da es in der That nicht abzusehen ist, warum für die Frage, ob das Schweigen eine concludente Handlung sei, nicht das allgemeine Princip zur Anwendung kommen soll, daß die Beurtheilung der Concludenz einer Handlung eine quaestio facti ist. (Mit der Regel der Neueren aber: qui tacet, quum loqui potuit ac debuit, consentire videtur, ist nichts gewonnen, da es sich eben fragt, in welchen Fällen der Schweigende loqui debuit, um nicht als zustimmend angesehen zu werden.) — Savigny (dem Sintenis I §. 18 folgt) will nur in den in den Quellen positiv anerkannten Fällen (vgl. folg. Note) das Stillschweigen als Einwilligung gelten lassen; dagegen hat sich auch Wächter §. 98 erklärt, dessen eigene Ansicht aber mir gleichfalls nicht richtig zu sein scheint und auch nicht (wie Wächter Note 8 meint) in l. 2 C. si aliena res pign. (8, 16) fundirt ist, wie denn überhaupt die Fälle des Dolus durch rechtswidrige Benützung eines vorhandenen Irrthums mittelst Stillschweigens gar nicht hierher zu rechnen sind (wie dieß z. B. auch Heyne p. 57 mit Unrecht thut).

Schweigen auf Zustimmung geschlossen werden, wenn die concreten Umstände so beschaffen sind, daß die Unterlassung des Widerspruchs vernünftigerweise keine andere Deutung zuläßt[26]; auch gibt es Fälle in welchen das Gesetz auf das bloße Stillschweigen bei oder zu einem Act die rechtliche Vermuthung der Zustimmung gründet[26a]. In den letzteren Fällen ist es nothwendig[27], in den ersteren räthlich, das Schweigen zu brechen und durch eine ausdrückliche Erklärung die sonst stattfindende Annahme der Zustimmung auszuschließen.

In allen Fällen der stillschweigenden Willenserklärung (im weitern Sinn) aber wird die Concludenz der Handlung durch den Irrthum ausgeschlossen, in welchem sich der Handelnde befand, da er

---

26) So kann z. B. unter besondern Umständen (cf. l. 38 §. 1 D. de donat. int. viv. 24, 1, Klemm S. 41 fg.) aus dem Schweigen Einwilligung zur Verschenkung einer Sache gefolgert werden; ebenso wird es auch nach österr. Recht (cf. l. 37 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1) als stillschweigende Restitution eines Fideicommisses gelten, wenn der Fiduciar die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars kennt und dazu schweigt. Ebenso ist auch nach österr. Recht (cf. l. 5 D. de adopt. 1, 7) die ausdrückliche Einwilligung des minderjährigen Kindes zur Adoption nicht erforderlich: es genügt der bloße Nichtwiderspruch (Zeiller 1 S. 393. 394).

26a) Nach österr. Recht gehört hierher z. B. die Bestimmung des §. 1114 a. b. G. B. (cf. l. 13 §. 11 D. loc. 19, 2 l. 4 §. 4 D. de precar. 43, 26), der §§. 156. 158 a. b. G. B. (in der Unterlassung der Bestreitung liegt eine stillschweigende Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes cf. l. 1 §. 4 D. de agnosc. 25, 3), des §. 1141 a. b. G. B. (in der Unterlassung des Widerrufs liegt eine stillschweigende Einwilligung in die Veräußerung; vgl. §. 1075); die Fälle, in welchen nach dem Ausspruch der röm. Quellen das Schweigen als Einwilligung zu gelten hat, finden sich zusammengestellt bei Savigny §. 132, Heyne §. 12, Klemm S. 32 fg. In manchen Fällen, in denen das röm. Recht sich mit bloßem Nichtwiderspruch begnügt, ist nach österr. Recht positive Einwilligung erforderlich, z. B. in Ansehung der Zustimmung des Vaters zur Verehelichung seines Kindes (§. 49 a. b. G. B. cf. l. 25 l. 5 C. de nupt. 5, 4), des zu adoptirenden Großjährigen und dessen ehelichen Vaters zur Adoption (§. 181 a. b. G. B. vgl. l. 5 D. de adopt. 1, 7). Die wichtige Bestimmung des röm. Rechts (l. 6 §. 2 l. 18 l. 53 D. mand. 17, 1 l. 6 C. eod. tit. 4, 35 l. 60 D. de R. J., vgl. Heyne p. 53 sq., Klemm S. 43 fg.), daß das Schweigen zu der Besorgung unserer Geschäfte durch einen negotiorum gestor als Zustimmung gilt, findet sich im bürgerl. Gesetzb. nicht ausdrücklich wieder: ob sie dennoch im heutigen österr. Recht gelte, wird im Obl. R. untersucht werden.

27) Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Unterlassung des Widerspruchs (pati) nur demjenigen schaden kann, der handlungsfähig ist, nicht aber demjenigen, der sich auch durch die ausdrückliche Willenserklärung nicht schaden könnte, wie z. B. einem Unmündigen oder Minderjährigen (vgl. oben §. 76) l. 110 §. 2 D. de R. J. Pupillus pati non intelligitur. l. 3 D. eod. Ejus est non nolle, qui potest velle.

gewiß nicht gewollt hat, was er nicht gewußt hat (errantis nulla est voluntas[28]). Der Irrthum schließt das Dasein des Willens aus, auf welchen sonst aus der Handlung der Schluß gezogen werden könnte[29]. Ebenso wird die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung ausgeschlossen, wenn der Handelnde zu der an sich schlüssigen Handlung gezwungen wurde[30], da er diese Handlung vorgenommen hat, um dem angedrohten Übel zu entgehen, nicht um einen Willen, den er in der That gar nicht hat, kund zu geben.

2) Form der Willenserklärung[1].

§. 86. Unter Form der Willenserklärung versteht man die Gestalt, in welcher sich der das Rechtsgeschäft begründende Wille zur Erscheinung bringt[2]: in diesem Sinn ist jede Willenserklärung eine förmliche[3]. In der Regel (vgl. §. 883 a. b. G. B.) steht es den Parteien frei, ihren Willen in beliebiger Form zu erklären, also das Rechtsgeschäft, welches sie errichten wollen, in einer ihnen beliebigen Form abzuschließen. Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen, indem bald das Gesetz bald die Privatwillkür gewisse Formen vorschreibt, in denen der Wille erklärt werden muß[4]. Diese Willenserklärungen, welche in einer bestimmten Form geschehen müssen, die

---

28) l. 19. 20 D. de aqua et aquae pluv. (39, 3) l. 2 pr. D. de jud. (5, 1) l. 15 D. de jurisd. (2, 1) l. 20 pr. D. de acq. her. (29, 2); vgl. insbes. Savigny Beilage VIII Nr. XII.

29) Es kommt daher auch gar nicht weiter darauf an, ob der Irrthum ein entschuldbarer oder unentschuldbarer ist (z. B. jemand läßt sich aus Rechtsirrthum vor einem incompetenten Gericht ein, oder stellt die Pfandsache ohne Vorbehalt zurück, weil er aus grobem factischen Irrthum die Sache bloß für geliehen hält).

30) Savigny S. 246.

1) Savigny System III §. 130, Beseler System I §. 49, Völderndorff Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten 1857 (102 SS., eine Schrift, die manches Unrichtige und viel Bedenkliches enthält).

2) Man pflegt dieß öfters (so z. B. auch noch Schilling II §. 70) in unpassender Weise „äußere Form" zu nennen, im Gegensatz zur s. g. „inneren Form" als dem Inhalt des Rechtsgeschäfts; vgl. die Marginalrubrik zu §. 553 fg. §. 577 fg. a. b. G. B.

3) Völderndorff §§. 7. 8.

4) Gar nicht hierher gehören somit jene Fälle, wo der Natur der Sache zufolge ein Rechtsgeschäft nur durch Vornahme einer gewissen Handlung errichtet werden kann; so z. B. kann die Verpflichtung zur Rückgabe einer Sache nur durch die Hingabe derselben begründet werden, die Realcontracte sind also nicht etwa als förmliche Rechtsgeschäfte anzusehen.

allein als Ausdruck des das Rechtsgeschäft begründenden Willens gilt, nennt man insbesondere förmliche[5] (feierliche, solenne) Rechtsgeschäfte.

I. Gesetzliche Form. In manchen Fällen schreibt das Gesetz, theils um die Parteien zu reiferer Überlegung zu veranlassen, theils um der Abschließung des Geschäfts die erforderliche Publicität zu geben, theils zur Sicherung des Beweises des Geschäftes, theils aus andern rechtspolitischen Gründen für die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte die Beobachtung einer bestimmten Form vor. Im Allgemeinen gilt dann Folgendes:

1) Wenn das Gesetz eine Form vorschreibt, in welcher der Wille der Parteien erklärt werden muß, so gilt im Zweifel die in dieser Form gegebene Erklärung allein als der Ausdruck des Willens, so daß jede in einer anderen Form abgegebene Erklärung bedeutungs- und wirkungslos ist. Es bildet somit die positiv vorgeschriebene Form im Zweifel ein wesentliches Erforderniß des Geschäfts[6] (wesentliche Form) und ihre Nichtbeobachtung im geringsten Punkt zieht die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich[7]. Es ist jedoch immer wohl darauf zu achten, für welches Geschäft die Form vorgeschrieben ist, und es ist vollkommen unzulässig, die Formvorschriften, welche für ein bestimmtes Geschäft gegeben sind, auf ein anderes zu übertragen[8].

---

5) Im Gegensatz dazu nennt man jene Rechtsgeschäfte, welche in beliebiger Form abgeschlossen werden können, unförmliche, was freilich ein ungeschickter Ausdruck ist (vgl. Böcking I §. 116). — Der Unterschied, den Völdernndorff §. 10 zwischen bestimmt-formellen und solennen Rechtsgeschäften machen will, erscheint mir als ganz willkürlich.

6) Vgl. z. B. §§. 434. 435. 578 fg. 1178. 1249 a. b. G. B.

7) Vgl. §§. 601. 1178 a. b. G. B. — Die Bestimmung des §. 1432 a. b. G. B., daß im Fall der irrthümlichen Zahlung „einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist," die Rückforderung des Gezahlten (condictio indebiti) ausgeschlossen sei, ist wohl nur aus der zwar oft (vgl. z. B. Mühlenbruch im Archiv f. civil. Prax. Bd. II S. 392 fg., Wächter §. 21 Note 35) aber immer mit Unrecht (vgl. Erxleben Die condictiones sine causa I S. 82) aufgestellten (auf l. 9 §. 5 D. de jur. et fact. ign. 22, 6 gestützten) Ansicht hervorgegangen, daß eine naturalis obligatio zur Entrichtung rechtlich ungültiger Vermächtnisse bestehe. (Auch führen alle unsere Schriftsteller von Zeiller IV S. 160 angefangen bis auf Ellinger ad §. 1432 immer nur das Beispiel an, daß der Erbe Vermächtnisse aus einem unförmlichen Codicill entrichtet hat.) Vgl. auch A. L. R. I 16 §. 184 und Koch Recht der Forder. III §. 259.

8) So z. B. ist im österr. Recht nur für die Erklärung der Einwilligung des intabulirten Eigenthümers zur Einverleibung des Erwerbers also behufs der Eigenthumsübertragung eine bestimmte Form vorgeschrieben (§§. 434. 435): das

2) Von dieser Regel, daß die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich sei, gibt es Ausnahmen. Diese Ausnahmen, in welchen also die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts von der Beobachtung der positiv vorgeschriebenen Form nicht abhängt (s. g. außerwesentliche Form), müssen im Gesetz bestimmt ausgedrückt sein (z. B. §§. 578. 587. 601 a. b. G. B.), oder sich nach den Regeln der Auslegung mit Gewißheit erkennen lassen (z. B. §. 88 in Verbindung mit §. 80 a. b. G. B.). — In manchen Fällen (§§. 943. 1271. 1272 a. b. G. B.) ist die Beobachtung einer gewissen Form nur erforderlich, um das Rechtsgeschäft zu einem klagbaren zu machen[9].

3) Die Formen, welche das positive Gesetz vorschreibt, sind mannigfaltig[10]. Die wichtigsten von allgemeiner Bedeutung sind die Schrift[11] (z. B. §§. 434. 943. 956. 1178. 1249. 1391 a. b. G. B. §. 270 A. G. O. Art. 4 W. O.), die Zuziehung von Zeugen[12] (s. g. Solennitäts-Instrumentszeugen z. B. §§. 577 fg. 647. 1249 a. b. G. B.) und die gerichtliche Errichtung[13] eines Rechtsgeschäfts (z. B. §. 569 a. b. G. B.).

Veräußerungsgeschäft selbst (z. B. das Kaufgeschäft) kann in jeder beliebigen Form geschlossen werden (vgl. auch Wöldernborff §. 24; mit Unrecht sind manche österr. Schriftsteller z. B. neuerdings Stubenrauch II S. 830 der entgegengesetzten Ansicht).

9) In diesen Fällen ist also die Form wesentliches Erforderniß der Klagbarkeit, nicht aber der Gültigkeit des Geschäfts.

10) Vgl. Wöldernborff §. 14 fg.

11) Vgl. Meyer Die Schrift in ihrer Bedeutung nach preußischem Rechte, mit Rücksicht auf das römische und gemeine, das österreichische und französische Recht 1855 (insbes. §. 1 und §. 3).

12) Die Eigenschaften, welche die Solennitätszeugen haben müssen, richten sich nach der besondern Vorschrift des Gesetzes für den betreffenden Fall (vgl. §. 591 fg. a. b. G. B. §. 59 in Verbindung mit §. 44 der Not. Ordn. vom 5. Mai 1855). Diese besondere Qualification des Zeugen ist aber nicht das charakteristische Kriterium der Solennität, sondern dieses besteht vielmehr in der Nothwendigkeit der Mitwirkung von qualificirten Zeugen, um das Geschäft zur Existenz zu bringen, vgl. unten §. 90 Note 13. — Ist einer von den Solennitätszeugen gezwungen oder durch List anwesend, so gilt seine Zeugenschaft nicht und das Geschäft ist nichtig, wenn es dadurch an der erforderlichen Zahl der Zeugen fehlt l. 20 §. 10 D. qui test. fac. (28, 1).

13) Die richterliche Mitwirkung ist hier bloß der Form wegen erforderlich (cf. l. 209 D. de V. S. l. 19 C. de testam. 6, 23), daher denn zur Entgegennahme solcher Erklärungen jedes Gericht competent ist (l. 19 cit. Zeiller II S. 442. 469) §. 92 der J. N. 20. Nov. 1852. — In andern Fällen ist gericht-

II. Gewillkürte Form. Es steht im Belieben der Parteien durch freie Verabredung für die Abschließung eines Rechtsgeschäfts eine bestimmte Form (z. B. schriftliche oder gerichtliche Errichtung, Willenserklärung vor Zeugen[14]) festzusetzen. Bei der Frage, welche Bedeutung diese gewillkürte Form für die Gültigkeit des Geschäfts habe, kommt Alles auf den Inhalt der Verabredung an: im Zweifel gilt Folgendes[15]. Haben die Parteien vor Abschluß des Geschäfts eine bestimmte Form der Abschließung verabredet, so hat dieß die Bedeutung, daß das Geschäft erst durch die Beobachtung dieser Form zur Existenz gelange. In einem solchen Fall ist keine Partei eher gebunden, als bis die Form freiwillig beobachtet worden ist: vorher kann nicht nur nicht auf die Erfüllung des Geschäfts, sondern selbst nicht auf Vollziehung der Form geklagt werden[16]. Wurde die bestimmte Form erst nach Abschluß des Geschäfts verabredet, so hat dieß im Zweifel nur die Bedeutung, daß durch die Erfüllung der

---

liche Untersuchung (causae cognitio) und Bestätigung erforderlich (z. B. §§. 181. 174. 233 a. b. G. B.): diese Fälle sind aber gar nicht hierher zu stellen (wie dieß z. B. Puchta Pandekt. und Vorles. §. 64, Wächter §. 107 Nr. 3, Böcking I §. 116 mit Unrecht thun), da sich die richterliche Mitwirkung hierbei nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts bezieht (vgl. unten §. 90 Note 14). — Würde in dem Fall, wo die gerichtliche Errichtung eines Rechtsgeschäfts stattfindet (z. B. §§. 569. 588 a. b. G. B.), die Gerichtsperson etwas anderes niederschreiben als die Partei zu Protokoll dictirt hat und würde die Partei gleichwohl das Protokoll in der irrigen Voraussetzung, daß es die abgegebene Erklärung enthalte, unterzeichnet haben, so wäre dennoch das Rechtsgeschäft ungültig, weil die Erklärung mit dem Willen nicht übereinstimmt. (Unrichtig ist dasjenige, was Völderndorff S. 40 in dieser Hinsicht behauptet.)

14) Dagegen gehört der (von Böcking I §. 116 hierher bezogene) Fall, wenn das Rechtsgeschäft in das Arbitrium eines Dritten verstellt ist (z. B. §. 1056 a. b. G. B. l. ult. C. de C. E. 4, 38) gar nicht hierher, da die Mitwirkung des Dritten hier den Inhalt des Rechtsgeschäfts betrifft, vgl. unten §. 90 Note 16.

15) Vgl. Wächter §. 107 Nr. II, Savigny Obl. R. II S. 243 fg., Thöl Handelsr. I §. 60.

16) l. 17 C. de fide instrum. (4, 21) pr. I. de empt. (3, 23) §. 884 a. b. G. B.; dieser § spricht zwar gleichfalls nur von dem Fall, wenn die Parteien die schriftliche Abfassung des Vertrags verabredet haben (welcher Fall ohnehin der häufigste ist, Savigny S. 243), es steht aber nichts im Wege dieser Bestimmung jene Ausdehnung zu geben, wie dieß im Text geschehen ist (vgl. Thöl Note 2). — Hätten ohne Vollziehung der Form beide Theile das Geschäft erfüllt oder wäre das Geschäft auch nur von einem Theil erfüllt worden und diese Erfüllung von dem andern Theil angenommen worden, so ist das Geschäft als gültig zu behandeln, da in der Erfüllung und der Annahme ein Verzicht auf die Beobachtung der Form liegt.

Form für den Beweis des Rechtsgeschäfts gesorgt werden solle[17], die Gültigkeit des Geschäfts selbst wird dadurch nicht betroffen[18].

C. Das Verhältniß des Willens zur Erklärung.

1) Übereinstimmung von Wille und Erklärung.

§. 87. Die Erklärung macht den Willen manifest. Aus der abgegebenen Erklärung wird der Wille, der ein Inneres Unsichtbares ist, mit Zuverlässigkeit erkannt. Ist die Erklärung einmal abgegeben, so kann sich der Erklärende nicht mehr darauf berufen, daß sein Wille dennoch ein anderer gewesen sei: sein Wille bleibt im Umfang der gegebenen Erklärung gebunden. Wenn daher jemand der betreffenden Person gegenüber etwas als seinen Willen erklärt hat, so nützt es ihm nichts, daß er heimlich den entgegengesetzten Willen hat, sollte er auch anderwärts (z. B. schriftlich oder vor andern Personen) diesen entgegengesetzten Willen als seinen wahren eigentlichen Willen ausgesprochen haben. Man pflegt einen solchen heimlich bewahrten Willen reservatio mentalis zu nennen: eine solche Mentalreservation hat juristisch gar keinen Effect (Propositum in mente retentum nil operatur[1]). Macht eine Partei der andern Anerbietungen unter dem Scheine der Ernstlichkeit, ohne es in der That ernstlich zu meinen, und faßt die andere Partei diese Anerbietungen ernstlich auf und nimmt sie an, so liegt ein gültiges bindendes Rechtsgeschäft vor[2].

So wenig der Wille ohne Erklärung, so wenig bedeutet die Erklärung ohne den Willen: beide vereint, ein Wille der erklärt ist, eine

17) Natürlich können die Parteien auch vor Abschluß des Geschäfts verabreden, daß die Form bloß des Beweises beobachtet werden solle: aber dieß müßte ausdrücklich ausgesprochen sein oder aus den Umständen als ihre Absicht mit Bestimmtheit hervorgehen. (Unrichtig ist die Darstellung bei Walter System §. 254 Nr. VI.)

18) Es kommt dann die Regel zur Anwendung, welche l. 4 D. de fide instr. (22, 4) ausspricht: Fiunt enim de his scripturae ut, quod actum est, per eas facilius probari possit, et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem —.

1) Über c. 26 X de spons. (4, 1), in welcher Stelle der reservatio mentalis allerdings Wirksamkeit zugeschrieben wird, vgl. Savigny §. 134 Note a.

2) „Einseitiges Vorgeben nicht erkennbar gemachter Simulation kann die Wirkung der ernstlich erscheinenden Willenserklärung nicht schmälern" Arndts §. 237. Auch darüber stritt die ältere naturrechtliche Schule (vgl. Zeiller Natürl. Privatr. §. 95) auf höchst unerquickliche Weise, indem Manche mit scholastischer Spitzfindigkeit und unter Herbeiziehung der Frage, ob man „ein un-

Erklärung die dem Willen entspricht, machen erst das Rechtsgeschäft aus. Wenn der Wille mit der abgegebenen Erklärung nicht übereinstimmt, so muß die Erklärung wirkungslos sein, das durch sie beabsichtigte Rechtsgeschäft kann nicht zu Stande kommen, da die Erklärung, welche einen bestimmten Willen auszudrücken scheint, in der That eine nicht gewollte ist. Die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung ist das normale Verhältniß; der abnorme unregelmäßige Fall ist die Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung[3]. Diese Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung kann eine absichtliche oder eine unabsichtliche sein.

2) Absichtliche Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung[1].

§. 88. Eine absichtliche Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung findet statt, wenn eine Erklärung abgegeben wird, welche den wahren Willen nicht ausdrücken soll. Dieß kann offen oder mit Verhüllung des wahren Willens geschehen.

Eine offene Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung findet statt, wenn die Erklärung das Merkmal an sich trägt, daß sie den wahren Willen nicht enthalte[2]. So z. B. wenn Worte oder Zeichen, die sonst als Ausdruck des Willens dienen, nur zum Scherz gebraucht werden: aus einer Erklärung, welche sich als eine nicht ernstliche manifestirt, kann kein Recht abgeleitet werden[3]. Das Gleiche gilt in jenen Fällen, wo Worte offenkundig zu andern Zwecken, z. B. zur Belehrung, Beispielshalber, zur Abfassung eines Formulars, gebraucht werden[4]: der bloße Gebrauch von Formen,

---

bedingtes Recht auf Wahrhaftigkeit" habe, behaupteten, daß der Erklärende in einem solchen Fall an seine Erklärung nicht gebunden und höchstens zur Entschädigung verpflichtet sei.

3) Hieraus ergibt sich (unter Anwendung der Grundsätze über die Beweislast, worüber unten), daß derjenige, der die absichtliche oder unabsichtliche Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung behauptet, diese Behauptung zu beweisen habe.

1) Savigny System Bd III §. 134.

2) l. 3 §. 2 D. de O. et A. (44, 7) cf. l. 24 D. de test. mil. (29, 1).

3) Daher das Erforderniß der s. g. Ernstlichkeit des Willens, vgl. §§. 565. 869 a. b. G. B.

4) l. 3 §. 2 cit. Über den gleichfalls hierher gehörigen Fall, wenn die Drohung angewendet wird, nicht um den Willen selbst, sondern bloß um das Zeichen des Willens hervorzubringen (z. B. jemand wird gezwungen, eine Urkunde, die er nicht gelesen hat, zu unterschreiben), vgl. Savigny S. 261.

welche an sich geeignet sind, den Willen zu erklären, ist für sich allein noch keine Willensäußerung.

Wenn die Betheiligten[5] eine Erklärung abgeben, welche dem Schein nach ihren Willen aussprechen soll, so findet eine absichtliche Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung unter Verhüllung des wahren Willens statt. Eine solche Erklärung, welche den wahren Willen nicht enthält, welcher aber dieser Schein gegeben wird, heißt Simulation[6]. Da diese Willensäußerung die Erklärung eines nicht wahrhaft vorhandenen Willens ist, so ist sie wirkungslos: das zum Schein abgeschlossene (simulirte) Rechtsgeschäft besteht juristisch nicht (§. 916 a. b. G. B.[7]). Die Simulation kann auf mannigfache Weise und zu verschiedenen (erlaubten[8] oder unerlaubten[9]) Zwecken stattfinden. Drei Fälle sind hierbei möglich. Die Parteien können die Absicht haben, wirklich ein Rechtsgeschäft zu schließen, aber ein anderes als jenes, dessen Schein die Erklärung an sich trägt: in diesem Fall gilt das beabsichtigte (verdeckte, dissimulirte[9a]) Geschäft, wenn anders dieses Geschäft ein erlaubtes ist und alle Erfordernisse desselben vorhanden sind[10]. Oder es ist ein anderes Geschäft nicht beabsichtigt, oder das beabsichtigte Geschäft ist aus materiellen oder

5) Es wird also hier stets vorausgesetzt, daß die Betheiligten selbst darüber einverstanden sind, daß ihre Handlung eine Scheinhandlung sei (vgl. Savigny S. 262); der Fall, wenn der eine Contrahent simulirt um den andern zu hintergehen (cf. l. 7 §. 9 D. de pact. 2, 14 l. 14 pr. D. de in diem addict. 18, 2 §. 869 a. G.) gehört nicht hierher, sondern in die Kategorie des Betrugs; vgl. Zeiller ad §. 916 Nr. 1.

6) Vgl. über Simulation auch Glück IV §. 302.

7) l. 55 D. de C. E. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est. — l. 54 D. de O. et A. Contractus imaginarii — juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate. l. 21 C. de trans. (2, 4) — quae simulate geruntur, pro infectis habitis —.

8) Savigny §. 134 Note h, Böcking §. 88 a. E.

9) Um unerlaubte Rechtsgeschäfte zu verbergen, oder um dritte Personen zu betrügen, vgl. l. 49 pr. D. de C. E. (18, 1).

9a) In sonderbarer (von Stubenrauch III S. 93 Note * gebilligter) Weise nennt Moltini (Andeutungen über die in dem §. 916 a. b. G. B. erwähnten Scheinverträge, Jurist. Bd XVI [1846] S. 204 fg.) solche Scheinverträge, wodurch ein anderes beabsichtigtes Geschäft verdeckt wird, „eigentliche Scheinverträge" und jene, wobei ein anderer Vertrag nicht beabsichtigt wird, „übertünchte Verträge" „weil sie streng (?) genommen keine Verträge sind, sondern nur den Schein eines Vertrags haben" (S. 209).

10) §§. 916. 1071 a. b. G. B. l. 36 D. de C. E. (18, 1) Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

formellen Gründen ungültig: in diesem Fall existirt gar kein Geschäft, nicht das simulirte, weil es nicht gewollt ist[11], nicht das gewollte (dissimulirte), weil es ungültig ist[12]. Oder endlich andere Personen sollen Träger des Rechtsgeschäfts sein, als jene, auf welche die Worte der Erklärung lauten: hier besteht das Geschäft zwischen jenen, nicht zwischen diesen[13].

3) Unabsichtliche Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung[1].

§. 89. In dem Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung weiß der Erklärende um diese Nichtübereinstimmung; in dem Fall der unabsichtlichen Nichtübereinstimmung dagegen weiß der Handelnde nicht, daß sein Wille und seine Erklärung nicht übereinstimmen: er gibt eine Erklärung, von der er irrthümlich glaubt, daß sie seinen Willen ausdrücke, während sie in der That mit seinem Willen in Widerspruch ist. Der Irrthum ist hier somit die Veranlassung zu einer Willenserklärung, welche aber eben dieses Irrthums wegen nicht mit dem übereinstimmt, was der Erklärende wirklich will, und daher wirkungslos ist. Diese unabsichtliche Discrepanz des Willens mit der Erklärung kann in zweifacher Weise stattfinden[2]. Es ist nemlich entweder eine Erklärung vorhanden, welche in der That nicht gewollt ist, oder es ist ein Wille vorhanden, der nicht gehörig erklärt ist: im ersten Fall stimmt der Wille mit der Erklärung nicht überein, weil der erklärte Wille nicht der wahre Wille ist; im zweiten Fall stimmt die Erklärung mit dem Willen nicht überein, weil sie dem vorhandenen Willen nicht entspricht.

I. Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels des Willens. In diesem Fall schließt der Irrthum das Da-

---

l. 46 D. loc. (19, 2) l. 3 C. de contrah. emt. (4, 38)) l. 3 C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur (4, 22).

11) l. 54 D. de O. et A. l. 55 D. de C. E. Auch ein simulirter Ehevertrag ist, selbst im Fall priesterlicher Einsegnung, nichtig (mit Unrecht ist Moltini §. 6 der angef. Abh. anderer Ansicht) cf. l. 30 D. de R. N. (23, 2) Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

12) l. 33 D. de C. E. l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de donat. int. viv. (24, 1).

13) l. 4 C. plus val. (4, 22) Si quis gestum a se, alium egisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet. l. 2 eod. l. 4 l. 5 l. 6 C. si quis alteri (4, 50).

1) Savigny System III §§. 135—139.

2) Vgl. Puchta Vorles. I S. 148—150.

sein des zum fraglichen Rechtsgeschäft erforderlichen Willens aus: es ist nicht der Wille vorhanden, dessen Dasein die wesentliche Voraussetzung dieses Rechtsgeschäfts ist. Die nothwendige Folge hiervon ist die unmittelbar (ipso jure) eintretende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese Nichtigkeit ist aber nicht die Wirkung des obwaltenden Irrthums, indem nicht der Irrthum sondern das Nichtvorhandensein des erforderlichen Willens der Grund ist, weßhalb das Rechtsgeschäft nicht zu Stande kommt[3]; der Irrthum ist nur die Veranlassung dazu, daß eine Erklärung abgegeben wurde, welche den trügerischen Schein der Existenz des erforderlichen Willens erzeugt[4]: das Rechtsgeschäft ist nichtig, nicht weil der Handelnde geirrt[5], sondern weil er nicht gewollt hat[6]. Es kann daher auch auf die Art des Irrthums, ob er ein Rechtsirrthum, oder ein factischer Irrthum, ein entschuldbarer oder ein unentschuldbarer ist, nicht weiter ankommen[7], da die Thatsache, daß der zum betreffenden Rechtsgeschäft erforderliche Wille nicht vorhanden ist, unabhängig von der Art ihrer Entstehung ist[7a] und die Nichtigkeit des Geschäfts die Folge dieser Thatsache ist. Diese Nichtigkeit, welche im Fall eines s. g. wesentlichen, das heißt eines das Dasein des zum Rechtsgeschäft erforderlichen Willens

---

3) Wenn z. B. A und B über ein Pferd contrahiren und jeder denkt an ein anderes, so kann der Vertrag nicht entstehen, weil durch den obwaltenden Irrthum die Einigung der Willen über das Object gehindert wird und der Vertrag eben in der Willenseinigung besteht: der Irrthum schließt hier also das Dasein des zum Vertrag erforderlichen übereinstimmenden Willens der Parteien aus.

4) Hierdurch unterscheidet sich der wesentliche Irrthum vom Irrthum im Motiv (vgl. oben §. 81). Der Irrthum im Motiv ist die Veranlassung dazu, daß ein bestimmter Wille gefaßt und erklärt wird, der wesentliche Irrthum die Veranlassung dazu, daß ein Wille erklärt wird, der nicht vorhanden ist; der Irrthum im Motiv bringt das Dasein des Willens hervor, der wesentliche Irrthum schließt das Dasein des Willens aus.

5) Savigny III S. 264 Beil. VIII Nr. XXXIV rechnet daher diesen Irrthum zu dem von ihm so genannten unechten Irrthum, weil hier nicht eigentlich von Wirkungen des Irrthums die Rede ist.

6) Dieß wird heut zu Tage seit Savigny's Ausführungen (III §. 135) allgemein anerkannt, vgl. z. B. Puchta Pandekt. und Vorles. §. 65, Sintenis I §. 22, Vangerow I §. 83 III §. 604, Wächter §. 102, Arndts §§. 238. 239, während man früher in dieser Beziehung anderer Ansicht war, vgl. unten Note 19.

7) Auch in dieser Beziehung ist die ältere Doctrin von einer unrichtigen Ansicht ausgegangen, vgl. Note 20 a.

7a) Auch hierüber ist man heut zu Tage einig (bedeutungslos sind auch in dieser Beziehung die Einwendungen Herrmann's in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd III S. 198 fg., vgl. dagegen auch Vangerow I §. 83 Anm. Nr. III).

ausschließenden Irrthums eintritt, ist nicht etwa zu Gunsten des Irrenden eingeführt, um ihn vor Nachtheil zu bewahren oder um sein Interesse zu sichern; sie ist nicht die Folge einer willkürlichen Berücksichtigung subjectiver Interessen, sondern die natürliche Consequenz des Mangels eines wesentlichen Erfordernisses des Rechtsgeschäfts: das heißt, diese Nullität ist nicht eine relative, sondern eine absolute.

Die unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels des Willens kann in doppelter Weise stattfinden; entweder stimmt der Wille der Partei mit ihrer eigenen Erklärung in wesentlichen Punkten nicht überein[8] (error), oder die Erklärung der einen Partei stimmt mit der Erklärung der andern Partei in wesentlichen Punkten nicht überein[9] (Mißverständniß, dissensus[10]). Eine Nichtübereinstimmung der letztern Art kann nur bei Verträgen stattfinden, eine Nichtübereinstimmung der ersten Art sowohl bei einseitigen als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften. Die Frage, welche Punkte wesentlich seien, also welcher Irrthum bei den einzelnen Rechtsgeschäften ein wesentlicher sei, ist im System bei den betreffenden Materien zu lösen. Im Allgemeinen läßt sich nur bemerken, daß der wesentliche Irrthum sowohl den ganzen Inhalt der Erklärung[11] als einzelne Theile derselben, und zwar die Natur des Rechtsgeschäfts, die Person, für welche sich der Handelnde erklärt (error in persona, in corpore hominis) und die Sache, welche den Gegenstand der Erklärung bildet (error in corpore), betreffen kann.

---

8) Vg. die Note 12. 13 angef. Beispiele; oder ein Käufer verlangt einen andern Gegenstand als er wirklich will (z. B. jemand verspricht sich und verlangt eine Flasche Carlsbader Wasser statt einer Flasche Marienbader Wasser) oder man verwechselt bei der Tradition eine Sache mit der andern (z. B. der Verkäufer vergreift sich und gibt dem Käufer eine andere als die ausgehandelte Sache).

9) Jeder Contrahent hat eine andere Species (vgl. Note 3), oder eine andere Geltung oder Quantität, oder ein anderes Geschäft im Sinn.

10) Die Ausdrücke error und dissensus werden aber in den Quellen abwechselnd gebraucht (cf. l. 9 pr. §. 2 D. de C. E. (18, 1) l. 4 pr. D. de leg. I, Savigny §. 135 Note g.

11) Z. B. wenn jemand eine Urkunde (etwa ein Testament oder eine Vertragsurkunde), welche ihm anstatt der richtigen untergeschoben oder die ihm unrichtig vorgelesen wird, unterschreibt, ohne sie vorher durchgelesen zu haben (l. 5 C. plus valere quod agit. 4, 22 cf. l. 10 C. de donat. 8, 54), oder jemand unterschreibt ein Blanquet in der Erwartung, der Beauftragte werde es dem ertheilten Auftrag gemäß ausfüllen.

Der angegebene Grundsatz, daß ein Rechtsgeschäft im Fall eines wesentlichen Irrthums absolut nichtig sei, kommt im österreichischen Recht im Eherecht (§§. 57[12]. 58 a. b. G. B.) und im Erbrecht (§. 570 a. b. G. B.[13]) zur befriedigenden Anwendung. Was aber obligatorische Verträge betrifft, denen hierin gewiß der dingliche Vertrag der Tradition gleichsteht[14], so leidet jener Grundsatz eine bedauerliche Ausnahme (§§. 871 fg. a. b. G. B.), welche ebensowenig in theoretischer Beziehung zu rechtfertigen, als in legislativer zu billigen ist[15]. Zwar, was das Mißverständniß der Parteien anbetrifft, wodurch ihre Willenseinigung in wesentlichen Punkten ausgeschlossen wird, so gilt auch nach österreichischem Recht[16] der auch von der älteren Schule stets anerkannte Grundsatz[17], daß in solchem

12) Wenn der den Ehevertrag Schließende eine andere Person im Sinn hatte, als für welche er sich erklärte, so ist die Ehe ungültig, sollte selbst der kirchliche Segen über das vermeintliche Ehepaar ausgesprochen worden sein, c. un. C. XXIX qu. 1 Error personae conjugii consensum non admittit. Schulte Eher. §. 19, Richter Kirchenr. §. 252.

13) Wenn der Erblasser schriftlich oder mündlich einen andern Erben ernennt, als er in der That und erweislich im Sinn hatte, so ist die Erbeinsetzung ungültig, §. 570 a.b.G.B. l. 9 pr. D. de her. inst. (28, 5) Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit, in corpore hominis errans, placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur —. Ebenso ist ein Legat ungültig, wenn der Testator eine bestimmte Sache legirt hat, während er in der That und erweislich an eine andere dachte, mit welcher er jene verwechselte, §. 570 a.b.G.B. l. 9 §. 1 D. eod. Et si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit (sc. heres) —. l. 4 pr. D. de leg. I.

14) Das Gesetzbuch schweigt zwar hierüber gänzlich, es ist aber wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Bestimmungen, welche das Gesetzbuch über die Wirkung des Zwangs, Betrugs und Irrthums bei obligatorischen Verträgen trifft (§. 870 fg.), auch auf die Tradition anzuwenden seien.

15) Vgl. die treffende Kritik, welche Wächter Entwurf S. 140 fg. gegen die in den sächsischen Entwurf übergegangenen Bestimmungen des österr. Gesetzbuchs geübt hat.

16) §. 869 a. b. G. B. verbis „erfolgt die Annahme unter andern Bestimmungen, als unter welchen des Versprechen geschehen ist, so entsteht kein Vertrag;" vgl. hierzu Zeiller III ad §. 869 Nr. 2.

17) Vgl. Glück IV S. 147 fg.; es stand hier freilich jedem Mißverständniß gar zu bestimmt und unzweideutig entgegen die l. 57 D. de O. et A. (44, 7) In omnibus negotiis contrahendis, sive bonae fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit. cf. §. 23 I. de inut. stipul. (3, 19).

Fall der Vertrag wegen Mangels der Übereinstimmung nichtig sei[18]. Wenn aber der Wille eines Contrahenten mit dessen eigener Erklärung nicht übereinstimmt, so kommt es nach österreichischem Recht[19] darauf an, ob der wesentliche Irrthum[19a] durch „falsche Angaben"[20]

---

18) Es kommt daher der Vertrag nicht zu Stande, wenn jede Partei an eine andere Species oder Gattung denkt (l. pr. D. de C. E. l. 83 §. 1 l. 137 §. 1 D. de V. O.) oder ein anderes Geschäft im Sinn hat (l. 18 §. 1 D. de R. C. über l. 18 pr. eod. und l. 36 D. de A. R. D. vgl. Savigny IV §. 161, Puchta Vorles. I Beil. XV); über den Dissens in der Quantität vgl. l. 1 §. 4 D. de V. O. l. 52 D. loc. (19, 2). — Alle Fragen über die Wirkung des Mißverständnisses sind in einem exegetischen Commentar bei der Besprechung des §. 869 a. b. G. B. zu lösen, da die §§. 871 fg. nur von der Nichtübereinstimmung des Willens mit der eigenen Erklärung handeln; es ist daher wohl unrichtig, wenn unsere Commentatoren (von Zeiller III S. 36 bis Stubenrauch III S. 29. 30) bei der Besprechung des §. 872 a. b. G. B. von dem Mißverständniß in Ansehung der Natur des Rechtsgeschäfts und der Quantität handeln (Stubenrauch S. 30 will in diesem letzteren Fall ganz allgemein Gültigkeit des Geschäfts behaupten, weil man im Fall des Mißverständnisses über die Qualität „nicht sagen könne, daß der Irrthum die Hauptsache betreffe:" allein ist bei einem Kauf- oder Miethvertrag der Preis nicht die Hauptsache und ist der Irrthum in der Quantität etwa nicht ein error in corpore? vgl. Savigny S. 274, Puchta I S. 148. 149).

19) Die ältere Doctrin (vgl. z. B. Glück IV §. 299) sah im Fall des wesentlichen Irrthums vor Allem darauf, ob der Irrthum mit einem Betrug des andern Contrahenten verbunden ist oder nicht. Im ersten Fall ließ sie den wesentlichen Irrthum hinter dem Betrug zurücktreten (vgl. oben §. 81 Note 18), im zweiten Fall dagegen sollte Alles darauf ankommen, ob der Irrthum leicht vermeidlich war oder nicht; verdient der Irrthum Entschuldigung (war er also unvermeidlich, error invincibilis), so sollte der Vertrag zu Gunsten des Irrenden relativ nichtig sein, verdient er keine Entschuldigung (war er also vermeidlich, error vincibilis), so sollte der Vertrag gültig sein. Diese Ansicht, daß er bei Verträgen im Fall des wesentlichen Irrthums darauf ankomme, ob der Irrthum entschuldbar oder aus grober Nachlässigkeit hervorgegangen sei (eine Ansicht, welche durch die durchaus ungerechtfertigte Herbeiziehung von Stellen wie l. 15 §. 1 D. de C. E. l. 6 l. 9 §. 2 D. de jur. et fact. ignor. l. 203 D. de R. J. entstand), herrschte nicht bloß in der ältern Schule (vgl. z. B. Gundling Die schwere Lehre vom Irrthum in den Gundlingiana Stück XXXIII Nr. 1 [1723] §§. 13. 14. 16. 19. 20, wo diese Ansicht besonders scharf und entschieden ausgesprochen ist), sondern auch die meisten neueren Schriftsteller vor Savigny's System huldigten dieser Meinung, vgl. z. B. Thibaut Versuche II Nr. IV (insbes. S. 122) System §. 448, Bucher Recht der Forderungen (2. Aufl. 1830) §. 35, Richelmann Der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837) §. 6 (die richtige Ansicht hat schon Mühlenbruch in der §. 77 Note 1 angef. Abhandl. S. 374 ausgesprochen).

19a) Das Gesetzbuch behandelt nur die Fälle des Irrthums in Ansehung einzelner Theile der Erklärung (error in corpore, in substantia, in persona); wie ist es mit dem wesentlichen Irrthum bei Verträgen zu halten, der den ganzen Inhalt der Erklärung (vgl. Note 11) betrifft?

20) Unter den „falschen Angaben" des §. 871 sind nicht bloß dolose zu

des andern Contrahenten herbeigeführt wurde oder nicht; im ersten Fall ist der Vertrag relativ[20a] (zu Gunsten des Irrenden) nichtig (§§. 871 fg. 877); im letzten Fall, also wenn der Irrthum durch einen Dritten (§. 875) hervorgebracht wurde oder wenn der Irrende „selbst und allein" an seinem Irrthum „Schuld ist"[21] (§. 876), ist der Vertrag gültig, dafern nicht etwa dem anderen Contrahenten der obwaltende Irrthum „offenbar aus den Umständen auffallen mußte"[22] (§. 876). Die Verfasser des Gesetzbuchs gingen nemlich von der sehr sonderbaren Auffassung aus, daß in diesem letzteren Fall der andere Paciscent „ein Recht habe die Willenserklärung für eine wahre zu halten"[23]:

---

verstehen (wie Savigny III S. 471 meint, vgl. Zeiller III S. 33); dagegen ist darüber allerdings zu zweifeln, ob unter den falschen Angaben nur solche zu verstehen seien, wobei dem andern Contrahenten eine Culpa zur Last fällt, oder ganz allgemein solche, welche objectiv unrichtig sind, ohne daß es weiter auf die Culpa des diese Angaben machenden Contrahenten ankommt (vgl. Wächter Entwurf S. 146. 147).

20a) Auch dieß ist die Ansicht der ältern Schule (vgl. Glück IV §. 299) und der neueren Schriftsteller vor Savigny (vgl. z. B. Richelmann S. 16), welche dann häufig noch die Anstellung einer Nullitätsquerel für nothwendig erklärten, um den Vertrag pro nullo zu declariren (vgl. Schmidt Lehrb. der gerichtlichen Klagen §. 695 und Code civ. a 1109. 1117), welche Ansicht gleichfalls ins österr. Gesetzb. (§§. 877. 1487) übergegangen ist.

21) Der Ausdruck „Schuld" wird im §. 876 ganz im vulgären Sinn für Veranlassung, Ursache der Entstehung gebraucht (vgl. auch Note 23); gilt die Bestimmung des §. 876 auch in dem Fall, wenn der Irrthum durch bloßen Zufall entstanden ist? (vgl. Savigny III S. 471, Wächter Entw. S. 150, Zeiller III S. 42).

22) Wie sehr unbefriedigend diese ganze Materie im österr. Recht behandelt ist, liegt auf der Hand. Nehmen wir das Beispiel, welches Zeiller III S. 42 gibt (ein Beispiel, welches übrigens gar nicht auf obligatorische Verträge, sondern nur auf den dinglichen Vertrag der Tradition paßt): jemand schenkt „aus auffallendem Versehen" einem Straßenbettler eine Goldmünze statt einer kupfernen, in diesem Fall sei der Vertrag nichtig. Wie selten aber wird dieses Versehen ein auffallendes sein? Kann der Spender nicht ein reicher Mann sein? kann er nicht gelobt haben, wenn er einen schweren Gang glücklich überstanden habe, dem ersten Bettler eine größere Summe zu schenken? oder hat der Bettler die Verpflichtung den Geber auf die Höhe des Geschenks aufmerksam zu machen? Und wie, wenn der Bettler das „Versehen" erst später merkt, oder wenn jemand sich vergreift und dem schlaftrunkenen Hausmeister eine Banknote als Sperrgeld gibt? Wenn Zeiller noch überdieß das Beispiel hierherzieht, „wenn eine Rechnung mit einem offenbaren Rechnungsverstoß abgeschlossen wird," so ist dieß unrichtig, da dieser Fall (§. 1388 a. b. G. B.) in ganz anderer Weise zu erklären ist.

23) Vgl. Zeiller III S. 42. (So sagt denn auch das westgaliz. Gesetzb. III

in der That findet hiernach eine Fiction des Willens statt, da der Vertrag als gültig behandelt wird, obwohl es feststeht, daß der Handelnde in einem wesentlichen Punkt geirrt, das heißt daß er den zur Entstehung des Vertrags erforderlichen Willen nicht gehabt habe[24].

II. Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels der Erklärung. In diesem Fall ist zwar der wahre Wille vorhanden, aber die gegebene Erklärung drückt ihn nicht aus: der Irrthum schließt hier das Dasein der entsprechenden Erklärung aus. Da der nicht erklärte Wille auf dem Rechtsgebiet nicht existirt, so kann das beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht zu Stande kommen[25]. Dem Willen mangelt es aber an der Erklärung, wenn die abgegebene Erklärung so beschaffen ist, daß sie gar nicht als Ausdruck dieses Willens gelten kann. Daher ist im Fall der unabsichtlichen Nichtübereinstimmung wegen Mangels des Willens das Rechtsgeschäft zugleich auch aus Mangel der Erklärung ungültig: der erklärte Wille ist nicht vorhanden, der vorhandene Wille ist nicht erklärt[26]. Ebenso ist das Legat

---

§. 20: „Die Annahme des Versprechens ist ferner [§. 19] giltig, wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem Irrthum Schuld ist: da es von ihm abhing das Versprechen unter gewissen Bedingungen zu machen, so ist es natürlich, daß er die Folgen seiner Unwissenheit und seines unvorsichtigen Benehmens selbst trage.") Es ist klar, daß der Ausdruck „Recht" hier in einem ganz vulgären Sinn genommen wird, etwa für guten Grund, oder Ursache: denn was soll das für ein Recht im technischen Sinn sein, eine Erklärung für wahr zu halten! Somit kommt es denn darauf hinaus, daß der Vertrag für gültig gehalten wird, um den andern Contrahenten nicht etwa in Nachtheil zu bringen, aus leidiger Rücksicht für den Verkehr: aber die Sicherheit des Verkehrs ist theils durch die Schwierigkeit der dem Irrenden aufliegenden Beweislast gewahrt, theils würde für sie durch die Erweiterung der Grundsätze über die Culpa besser gesorgt (wie dieß das preuß. Landr. I 4 §§. 78. 79 thut).

24) Dieß hat im Grund schon Gundling erkannt, wenn er in der angef. Abhandl. mit der ihm eigenthümlichen Geschmacklosigkeit sagt (S. 234): „Denn obschon ein Irrender nicht will noch kauffet oder in hanc rem pretiumve consentieret, so ist es doch gewiß, daß der Nachläßige den Schaden zu tragen verbunden. Und dieses geschiehet am bequemsten wenn der contract aufrecht erhalten wird. Die Negligentz verursachet, daß man spreche, er habe juridice nicht geirrt, obschon logice ein Irrthum fürhanden sein mag."

25) l. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10) — nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.

26) l. 3 D. de reb. dub. (34, 5) — qui aliud dicit quam vult, neque id

ungültig, wenn es sich nachweisen läßt, daß sich der Erblasser unter dem zur Bezeichnung einer Gattung von Sachen dienenden Ausdruck (Gattungsname, nomen appellativum) zu einer andern Gattung gehörige Sachen gedacht habe[27]. So lange dagegen die Erklärung noch immer als die Erklärung des fraglichen Willens qualificirt werden kann, ist das Geschäft gültig, sollte gleich die Erklärung in manchen Punkten fehlerhaft und unrichtig sein. Daher schadet der Irrthum in der namentlichen Bezeichnung von persönlichen oder sachlichen Individuen nicht, wenn nur die Person oder die Sache in der That gewollt und bloß der eigene Name (nomen proprium) verwechselt ist[28].

---

dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. Wenn also z. B. der Erblasser eine andere Person zum Erben ernennt als die er im Sinn hat, so ist die eingesetzte Person nicht Erbe, weil sie nicht gewollt ist, die gewollte aber nicht, weil sie nicht eingesetzt ist; die Note 13 angef. l. 9 pr. fährt daher fort — neque eum (sc. heredem esse) quem voluit, quia scriptus non est; vgl. auch die Note 13 angef. l. 9 §. 1 — neutrum debebit.

27) Z. B. jemand vermacht seinen Wein und es läßt sich nachweisen, daß er unter Wein Bier verstanden habe: hier ist der Wein nicht vermacht, weil dieß nicht der Wille des Erblassers ist, und das Bier nicht, weil dieß nicht erklärt wurde; l. 7 §. 2 cit. — non enim ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debere —. l. 4 pr. D. de leg. I. Anders verhält es sich allerdings, wenn die Parteien einen (formlosen) Vertrag schließen wollen und über die Sache selbst einig sind, also weder in corpore noch in substantia irren, aber die gewollte Sache aus Irrthum mit einem falschen Gattungsnamen bezeichnen. Der Grund der verschiedenen Behandlung liegt darin, daß es darauf ankommt, ob der Wille in einer bestimmten Form geäußert werden muß oder nicht; ist letzteres der Fall, so können die Parteien den Namen der Sache auch ganz verschweigen und bloß durch Hindeuten auf die Sache sich erklären, ja sie können absichtlich einen falschen Gattungsnamen wählen, daher auch die aus Irrthum geschehene Unrichtigkeit der Bezeichnung nicht schaden kann; ist dagegen ersteres der Fall, so kann nur der in der vorgeschriebenen Form ausgedrückte Wille gelten, dem es daher an der nöthigen Erklärung fehlt, wenn er mit Worten ausgedrückt wurde, welche etwas ganz anderes bezeichnen, weil dann das wirklich Gewollte nicht in der bestimmten Form erklärt wurde. (Hiermit beheben sich wohl die Einwendungen Savigny's §. 139 Note k, der jene Bestimmung „aus der etwas ängstlichen Behandlung der Legate“ erklären will und der Ansicht ist, daß „sie sich im heutigen Recht schwerlich rechtfertigen lassen dürfte.“)

28) Dieß gilt bei der Tradition (l. 34 pr. D. de acq. poss. 41, 2), bei obligatorischen Verträgen (l. 9 §. 1 D. de C. E. l. 32 D. de V. O.), bei Erbeinsetzungen und Legaten (§. 571 a. b. G. B.) und zwar sowohl in Ansehung der bedachten Personen (es sei der Vor- oder der Zuname verwechselt §. 29 I. de leg. 2, 20 l. 4 C. de test. 6, 23 vgl. Vangerow II §. 433 Anm. Ziff. 1) als der vermachten Sachen (l. 4 pr. D. de leg. 1 l. 28 D. de reb. dub. 34, 5 l. 7 §. 1 C. de leg. 6, 37).

Ganz das Gleiche[29] gilt in dem Fall, wenn die Person oder die Sache, welche der Handelnde wirklich im Sinn hat, von ihm falsch beschrieben wird, indem er in der That nicht vorhandene Eigenschaften oder Verhältnisse derselben angibt[30] (falsa demonstratio non nocet). Ebenso einflußlos (außerwesentlich) ist der Irrthum, wenn er die Benennung eines Rechtsgeschäfts betrifft, dafern also die Parteien für das von ihnen wirklich gewollte Rechtsgeschäft aus Unwissenheit eine falsche Bezeichnung gewählt haben[31]. Hat der Erklärende eine andere Quantität ausgedrückt, als er wirklich im Sinn hatte, so kommt es darauf an, ob er eine größere oder geringere Quantität angegeben hat, als er eigentlich wollte: im ersten Fall ist, weil in der größeren Quantität auch die geringere enthalten ist, in Beziehung auf diese Wille und Erklärung übereinstimmend vorhanden[32]; im letzteren Fall dagegen kann die größere Quantität, welche der Verfügende wirklich wollte, nicht gelten, weil in Ansehung

29) §. 30 I. de leg. (2, 20) Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi —. l. 38 D. de cond. et demonstr. (35, 1) — nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur.

30) §. 571 a. b. G. B. §. 30 I. cit. l. 48 §. 3 D. de her. inst. (28, 5) l. 27 pr. §. 1 l. 33 pr. l. 34 pr. D. de cond. et dem. (35, 1) l. 28 D. de reb. dub. (34, 5) l. 3 l. 5 C. de fals. caus. (6, 44), andere zahlreiche Stellen bei Savigny §. 139 Note l. (Wenn der Erblasser die Kinder seines Bruders J. und P. zu Erben einsetzt — vgl. den von Wildner im Jurist. Bd XIX S. 200 fg. dargestellten Rechtsfall — und es zeigt sich, daß dieser Bruder gar keine Kinder hatte, sondern J. und P. nur Kinder seiner Gattin aus einer früheren Ehe sind, so ist nicht, wie Wildner und Stubenrauch II S. 316 Note † annehmen, ein wesentlicher Irrthum in der Person vorhanden, sondern es findet nur eine falsa demonstratio, also ein außerwesentlicher Irrthum statt [l. 33 pr. D. de condit. — falsa demonstratio — nocet-neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet tale], es müßte denn sein, daß die falsche Beschreibung mit einem falschen Beweggrund zusammenfiele [Savigny S. 306], daß also der Erblasser den J. u. P. lediglich aus dem Grund zu Erben eingesetzt hätte, weil er sie für die Kinder seines Bruders hielt, in welchem Fall die Disposition wegen der falsa causa ungültig wäre; §. 572 a. b. G. B. u. oben §. 81 Note 9).

31) Wenn z. B. zwei Personen einen Vertrag schließen, den sie Societät nennen, der aber in der That keine Societät sondern ein Lohnvertrag ist; oder jemand bestellt bei einem Schneider ein paar Hosen um 10 Fl. und nennt dieß eine Miethe (vgl. Savigny III S. 303, Wächter II S. 672). So ist insbesondere das gewöhnlich s. g. kaufmännische Depositum (conto à deposito) trotz dieses Namens als ein verzinsliches Darlehen anzusehen (vgl. Thöl Handelsr. I §. 111, Gengler Lehrb. §. 117, Walter System §. 271).

32) In Beziehung auf den Überschuß fehlt es an dem Willen, daher ist ein

der die ausgedrückte geringere Quantität überschreitenden Portion (Theil oder Summe) der Wille nicht erklärt ist[33].

IV. Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften[1].

§. 90. **Mitwirkung** bei fremden Rechtsgeschäften ist die Theilnahme von Personen an der Entstehung eines Rechtsgeschäfts, dessen Träger nicht sie, sondern andere Personen sind[2]. Diese Mitwirkung ist eine **natürliche** oder eine **juristische**.

A. Die Handlung besteht aus zwei Momenten, aus dem Willen und der Äußerung desselben. Wenn der Handelnde seinen Willen nicht selbst äußert, sondern sich zur erforderlichen Äußerung desselben einer Mittelsperson bedient, so ist die Mitwirkung dieser Person bei dem Abschließen des Rechtsgeschäfts eine **natürliche**, weil sie sich auf die rein thatsächliche Hervorbringung eines bloßen Zeichens des

Fall der Nichtübereinstimmung wegen Mangels des Willens vorhanden und es kommen die im Text Nr. I angegebenen Grundsätze zur Anwendung. Bei letztwilligen Verfügungen gilt also nach österr. Recht wie nach röm. Recht (l. 9 §. 3. 4 D. de hered. instit. 28, 5 l. 15 pr. D. de leg. I) das Plus nicht (z. B. A der dem B 100 vermachen will, verschreibt sich und setzt 200 in das Testament, oder C der den D auf $1/4$ zum Erben einsetzen will, setzt ihn irrthümlich auf $1/2$ ein; bei obligatorischen Verträgen dagegen kommt es nach österr. Recht (§. 876 a. b. G. B.) wieder darauf an, ob der andere Contrahent den Irrthum erzeugte oder doch kannte: wenn also A dem B 100 schenken will, und sich verschreibt und in die Schenkungsurkunde aus reinem Versehen 1000 setzt, so wird B auf 1000 eine Forderung erlangen, weil er „das Recht hat, das Versprechen für wahre Einwilligung zu nehmen und sich daran zu halten!"

33) Dieß muß nach österr. Recht auch bei letztwilligen Verfügungen gelten (unrichtig m. E. **Stubenrauch** II S. 318 Nr. 6): die entgegengesetzte Entscheidung des röm. Rechts, wonach wenn der Erblasser die geringere Quantität geschrieben und an eine größere gedacht hat, die gedachte größere Quantität gelten soll (l. 15 pr. D. cit. l. 9 §. 2 D. de her. inst.), läßt sich principiell nicht rechtfertigen und wird auch von Ulpian nur auf kaiserl. Rescripte gestützt; vgl. **Vangerow** a. a. O. Nr. 3.

1) **Ihering** Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in den Jahrb. für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatr. Bd I (1857) Nr. VII.

2) Gar nicht hierher gehören die **Unterhändler** (proxenetae) d. h. die Personen, durch welche das Geschäft zwischen den Parteien eingeleitet und vermittelt wird, da sie als solche nur zur Entstehung des Rechtsgeschäfts Veranlassung geben, nicht aber selbst an der Hervorbringung desselben Theil nehmen, dafern sie nicht etwa von den Parteien zur Abschließung des Geschäfts beauftragt sind, in welchem Fall sie aber aus der Stelle des Unterhändlers in die des Stellvertreters treten.

Willens beschränkt[3]. In diesem Fall ist es nicht die mitwirkende Person, welche das Rechtsgeschäft abschließt, sondern das Subject des Rechtsgeschäfts selbst, welches sich hierbei nur jener Person bedient. Der Gehülfe ist das Instrument des Handelnden, das Werkzeug, wodurch er seinen Willen äußert[4]; durch den Gehülfen werden wie durch natürliche Instrumente gleichsam unsere physischen Organe erweitert[5]. Deßhalb kommt es auch nicht weiter darauf an, ob der

3) Ihering in der angef. Abh. (Abschn. I) unterscheidet zwischen factischer und juristischer Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäft, welcher Unterschied auf dem der factischen und juristischen Theilnahme an einem Rechtsgeschäft beruhen soll; die factische Theilnahme an einem Rechtsgeschäft soll in Dienstleistungen rein physischer factischer Art bestehen (S. 275) d. h. in der Vornahme einer bloß factischen, nicht einer zur Entstehung des Rechtsgeschäfts nothwendigen d. i. juristischen Handlung (S. 278). Diese Darstellung ist m. E. unrichtig. Einerseits wird dadurch dem Begriff der f. g. factischen (besser natürlichen) Mitwirkung eine Ausdehnung gegeben, wodurch sie alles juristische Interesse verliert. Zur factischen Mitwirkung in diesem Sinn gehört es nemlich auch, wenn ein Dollmetsch das Verständniß der beiderseitigen Erklärungen vermittelt, wenn ein Dritter die Verhandlungen der anwesenden Parteien leitet oder aufzeichnet, wenn der Ladendiener die Waare mißt oder abschneidet u. s. f. (S. 278); was ist aber mit einem solchen Begriff gewonnen, wonach jede Person, die in irgend einer Weise die Parteien bei der Abschließung eines Rechtsgeschäfts unterstützt (z. B. der Reitknecht, der das zu verkaufende Pferd vorführt) als Gehülfe erscheint? Andererseits ist hierdurch für die Charakterisirung der natürlichen Mitwirkung, insoweit sie in der That für das Rechtsgebiet von Bedeutung ist, der richtige Ausgangspunkt aufgegeben. Der Gehülfe nimmt gerade jenen Act vor, der zur Entstehung des Rechtsgeschäfts nothwendig ist, er setzt ihn aber nicht als Äußerung seines Willens, sondern als die Erklärung eines fremden Willens. Der Unterschied zwischen der natürlichen und der juristischen Mitwirkung beruht also nicht (wie Ihering meint S. 277) auf der Unterscheidung zwischen „den factischen und juristischen Elementen eines Rechtsgeschäfts," sondern vielmehr darauf, daß in dem einen Fall der Mitwirkende selbst will und seinen Willen äußert (juristische Mitwirkung), in dem andern Fall nicht selbst will, sondern nur den fremden Willen zur Erscheinung bringt (natürliche Mitwirkung). Insofern nun die Erklärung des Willens zur Hervorbringung des Rechtsgeschäfts absolut nothwendig ist, nimmt der Gehülfe gerade das von Ihering so genannte juristische Element des Rechtsgeschäfts vor, mag nun die Erklärung an sich in beliebiger oder nur in bestimmter Form gegeben werden können; wenn z. B. ein Recht nur schriftliche Testamente anerkennt, so ist das Schreiben im Sinn Ihering's das juristische Element der Testamentserrichtung: sollte nun derjenige, der den Willen des Testators niederschreibt, in einem solchen Fall mehr als ein bloßer Gehülfe sein? Diese unrichtige Auffassung hat Ihering zu unrichtigen Entscheidungen geführt, wie insbesondere in Ansehung der Specification (S. 288).

4) In diesem Sinn heißt es vom Gehülfen ministerium tantummodo praestare videtur l. 15 D. de pec. const. (13, 5).

5) Auf Vornahme einer solchen natürlichen Mitwirkung kann allerdings auch ein Mandat gerichtet sein und ist es häufig; Ihering S. 289.

Gehülfe willensfähig oder willenlos ist, ob er weiß, daß er bei der Entstehung eines Rechtsgeschäfts mitwirkt und welches Rechtsgeschäft dieß ist oder nicht[6]: insoweit er unsern Willen zur Erscheinung bringt, kommt sein eigener Wille nicht weiter in Betracht, er ist als Gehülfe begrifflich willenloses Werkzeug, bloßes Organ fremden Willens. Der Gehülfe kommt bei den verschiedensten Rechtsgeschäften vor[7]; eine besonders wichtige und häufige Art ist der Bote (nuntius) im engern Sinn[8], das heißt eine Person, durch welche wir einem Andern unsern Willen erklären[9].

B. Die Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäft ist eine juristische, wenn die Theilnahme der mitwirkenden Person an der Hervorbringung des Rechtsgeschäfts in der Vornahme einer juristischen Handlung besteht. Auch diese Mitwirkung ist wieder eine doppelte: die mitwirkende Person handelt entweder neben den Personen, welche die Träger des Rechtsgeschäfts sind, oder sie handelt anstatt ihrer.

I. Die Personen, welche neben den eigentlichen Subjecten des Rechtsgeschäfts (Hauptpersonen) handeln[10], heißen Nebenpersonen im eigentlichen Sinn[11]. Das Wesen dieser accessorischen

---

6) Es verschlägt daher nichts, wenn der Bote die Willenserklärung in eingelernten Worten einer ihm unverständlichen Sprache überliefert, oder wenn der Gehülfe im Zustand von Geistesabwesenheit seine Mitwirkung mechanisch vollbringt, oder wenn der Bediente dem Auftrag des Herrn gemäß dessen Sache wegwirft, ohne zu wissen, daß der Herr den animus derelinquendi hat.

7) So z. B. bei der Specification, indem man statt durch eine Maschine oder mittelst eines Werkzeugs durch die Thätigkeit einer Person die Neugestaltung der Sache vollzieht, bei der Dereliction, indem man durch einen Dritten die Sache wegwirft, bei der Testamentserrichtung, indem man seinen Willen durch eine andere Person niederschreiben läßt, bei der Eingehung oder Auflösung eines Realcontracts, indem man die Sache durch eine Mittelsperson überbringen läßt (l. 1 §. 11 D. depos. 16, 3) u. s. f. Daß bei der Occupation wie bei der Apprehension überhaupt nur Stellvertretung möglich ist, daß man also nicht durch einen Boten occupiren oder apprehendiren kann, erklärt sich daraus, daß wer für uns occupiren oder apprehendiren soll, für uns wollen, also selbst juristisch handeln muß.

8) Bote im weitern Sinn ist jede Person, die eine Willenserklärung oder eine Sache überbringt l. 1 §. 11 cit.

9) Insofern ist der Bote allerdings einem lebenden Brief zu vergleichen, daher denn auch häufig das contrahere per nuncium mit dem contrahere per epistolam zusammengestellt wird, vgl. z. B. l. 2 pr. D. de pact. (2, 14) l. 1 §. 2 D. de C. E. (18, 1) l. 2 §. 2 D. de O. et A. (44, 7).

10) Vgl. über diese Art der Mitwirkung Jhering in der angef. Abhandl. Abschn. II S. 291—311.

11) Nebenpersonen im weitern Sinn heißen überhaupt die Personen,

Theilnahme besteht darin[12], daß die mitwirkende Person eine juristische Handlung vornimmt, daß diese Mitwirkung die zur Hervorbringung des Rechtsgeschäfts absolut nothwendige Ergänzung der juristischen Handlung eines Andern ist, und daß das auf diese Weise entstandene Rechtsgeschäft der Nebenperson völlig fremd bleibt. Diese Mitwirkung gehört entweder zu der nothwendigen Form des Rechtsgeschäfts (oben §. 86 Nr. 3), in welchem Fall sie in der zur Entstehung des Rechtsgeschäfts unerläßlich erforderlichen Entgegennahme der Willenserklärung der Hauptpersonen besteht[13] (formelle Mitwirkung); oder sie bezieht sich auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts (materielle Mitwirkung), indem die Nebenperson zur Errichtung desselben ihre Zustimmung[14] oder Bestätigung[15] geben muß, oder

---

welche bei einem Rechtsgeschäft neben den Parteien und deren Stellvertretern vorkommen (vgl. Wächter §. 89); in diesem weitern Sinn sind z. B. auch die Beweiszeugen, die Unterhändler und der Bote Nebenpersonen.

12) Ihering S. 291. 292. 311.

13) Hierher gehören die Fälle, wenn ein Rechtsgeschäft vor dem Richter oder Notar oder vor s. g. Solennitätszeugen (vgl. oben §. 86 Note 12) errichtet werden muß. Die Solennitätszeugen unterscheiden sich von den Beweiszeugen dadurch, daß jene zur Entstehung des Rechtsgeschäfts nothwendig mitwirken müssen, während diese an der Hervorbringung des Rechtsgeschäfts selbst keinen Antheil nehmen, sondern nur zur Sicherung des Beweises des ohne ihre Mitwirkung entstandenen Geschäfts dienen; deßhalb müssen die Solennitätszeugen handlungsfähig sein, rogirt d. h. zur Theilnahme aufgefordert werden und ihr freiwillig Folge leisten (l. 20 §. 10 D. qui test. fac. 28, 1), während die Beweiszeugen weder handlungsfähig noch rogirt zu sein brauchen und selbst gezwungen anwesend ihren Zweck erfüllen, da der Zwang die bloße Sinneswahrnehmung nicht ausschließt (was insbesondere rücksichtlich der Eheschließung vor Pfarrer und Zeugen wichtig ist, da diese Personen nicht mitwirken, sondern nur gegenwärtig sind um den Beweis zu sichern, daher auch ihre erzwungene Gegenwart genügt cf. l. 209 D. de V. S., Schulte Eher. §. 12). Darin dagegen besteht der Unterschied zwischen dem Solennitätszeugen und dem Beweiszeugen nicht (wie Ihering S. 293 fg. meint), daß der erstere nothwendig, der letztere freiwillig zugezogen wird, denn auch der bloße Beweiszeuge kann bei sonstiger Nichtigkeit des Geschäfts kraft gesetzlicher Vorschrift zugezogen werden müssen, ohne daß er dadurch zum Solennitätszeugen würde (wie dieß z. B. in Ansehung der zur Eheschließung nothwendig zuzuziehenden Zeugen der Fall ist), und umgekehrt ist auch jener Zeuge ein Solennitätszeuge, der kraft Verabredung der Parteien zur Perfection des Geschäfts (gewillkürte Form oben §. 86 Nr. II) zugezogen wird.

14) So z. B. ist die Einwilligung einer dritten Person häufig zur Eingehung der Ehe erforderlich (§. 49 fg. a. b. G. B.), Einwilligung des Vormunds zu Rechtsgeschäften, wodurch der Mündel veräußert oder verpflichtet wird §§. 244. 865 a. b. G. B. (wenn der Vormund anstatt des Mündels handelt, so ist er dessen Stellvertreter, wenn der Mündel selbst handelt aber mit Zustimmung des Vormunds, so ist dieser Nebenperson), Einwilligung der obervormundschaftlichen Behörde z. B.

die Bestimmung eines zur Perfection des Rechtsgeschäfts erforderlichen Umstands in ihr Arbitrium[16] verstellt ist, so daß das Geschäft ohne diese Zustimmung ungültig ist oder doch die beabsichtigte Wirkung nicht hervorbringt, und daß das Geschäft erst durch die Erfolgung der Bestätigung oder den Ausspruch des Gutdünkens perfect wird.

II. Die Vornahme einer juristischen Handlung anstatt eines Andern, in der Absicht und mit der Wirkung, daß diese Handlung als die Handlung der vertretenden Person gilt, ist Stellvertretung[17] im juristischen Sinn[18]. Das charakteristische Kriterium der

---

§§. 232. 233 a. b. G. B., der Fideicommißbehörde §. 634 fg. a. b. G. B., des Gerichts zur Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt §. 174 a. b. G. B. (im Fall des §. 252 a. b. G. B. handelt die Behörde nicht accessorisch, sondern principaliter und allein vgl. Jhering S. 299), Einwilligung des Monarchen zur Errichtung eines Fideicommisses §. 627 a. b. G. B. u. s. f. Ebenso gehört aber auch der Fall der Zustimmung des Eigenthümers zur Veräußerung oder Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten hierher, da der Eigenthümer bloß Nebenperson (l. 160 pr. D. de R. J.), nicht etwa durch den Dritten als Stellvertreter handelnde Hauptperson ist (wie Jhering S. 303 fg. mit Unrecht meint) vgl. unten §. 92 Nr. 4.

15) So z. B. ist gerichtliche Bestätigung zur Adoption erforderlich §. 181 a. b. G. B. (cf. l. 2 pr. D. de adopt. 1, 7).

16) So kann der Gegenstand einer Obligatio auf das billige Ermessen oder das bloße Gutdünken einer andern Person gestellt sein, in welchem Fall die Existenz der Obligatio durch den Ausspruch dieses Arbitriums bedingt ist; so z. B. kann die Bestimmung des Kaufpreises oder des Miethzinses einer bestimmten dritten Person überlassen werden §§. 1056. 1092 a. b. G. B. (l. 15 C. de C. E. [4, 38] §. 1 I. de empt. et vendit. [3, 23]); ebenso kann die Bestimmung der Größe einer Dos dem Ermessen eines Dritten überlassen werden l. 3 C. de dot. prom. (5, 11) vgl. §. 1221 a. b. G. B.

17) Vgl. Savigny System III §. 113 Obl. R. II §§. 54—60 (dazu Ruhstrat Über Savigny's Lehre von der Stellvertretung 1854), Puchta Pandekt. §. 52 und Vorles. dazu (I S. 116 fg.), Buchka Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852 (dazu Dernburg in der krit. Zeitschr. für die gesammte Rechtswissenschaft Bd I S. 1—21), Brinz Kritische Blätter civilistischen Inhalts Nr. 2 (1852), Scheurl Stellvertretung, insbesondere bei Begründung von Obligationen in der krit. Überschau Bd I (1853) Nr. XIV.

18) Die Stellvertretung ist weder ursprünglich noch ausschließlich ein juristischer Begriff, sie kommt vielmehr in allen Lebensverhältnissen vor, indem man statt eines Andern Handlungen, welche diesem zukommen, mit derselben Wirkung unternimmt, wie wenn der Repräsentirte selbst sie vorgenommen hätte; aber zu einem juristischen Begriff wird die Stellvertretung erst dann, wenn die statt des Andern unternommenen Handlungen juristische Handlungen sind. Dieß hat Brinz S. 2 fg. verkannt, indem er fortwährend die natürliche und juristische Stellvertretung vermengt (vgl. dagegen Scheurl S. 317 u. Jhering in der angef. Abh. Note 4). Dagegen hat Brinz das Verdienst, das Moment des Willens, der Absicht, durch unser juristisches Handeln die Stelle eines Anderen zu vertreten, hervorgehoben zu haben (vgl. Scheurl S. 317. 318, Arndts Pandekt. 2. Aufl.

Stellvertretung besteht vor Allem darin, daß der Repräsentant für den Repräsentirten will und handelt[19], indem er statt dessen die juristische Thätigkeit des Geschäftschließens vollbringt[20]. Dadurch unterscheidet sich der Stellvertreter vom Gehülfen, insbesondere vom Boten[21], der nicht selbst den zur Entstehung des Rechtsgeschäfts erforderlichen Willen hat, sondern nur den fremden Willen mittheilt: der Stellvertreter schließt statt eines Andern das Rechtsgeschäft, während der Herr durch den Boten selbst das Geschäft schließt; man nimmt Handlungen durch den Stellvertreter vor, während man mittelst des Boten selbst handelt. Nicht jedes juristische Handeln aber anstatt eines Andern oder für einen Andern ist Stellvertretung; hierzu ist vielmehr erforderlich daß die Wirkungen der Handlung dem Handelnden fremd bleiben, daß das geschlossene Rechtsgeschäft nicht das Geschäft des Handelnden sondern jener Person ist, anstatt deren dieser gehandelt hat. Wenn daher jemand ein Rechtsgeschäft errichtet, dessen Träger er selbst ist, welches er aber in der Absicht unter-

---

§. 76 Anm. 1): „nothwendige" Stellvertretung ist eine contradictio in adjecto, „freie" Stellvertretung eine Tautologie.

19) Der Stellvertreter muß daher handlungsfähig sein; man kann z. B. durch einen Wahnsinnigen nicht einen Kauf schließen, noch Besitz ergreifen (l. 1 §§. 9. 10 D. de acq. poss. 41, 2).

20) Der Stellvertreter ist es, der die Obligatio contrahirt (vgl. Buchka S. 205 fg. S. 237, er kauft oder verkauft u. s. w.), die Sache tradirt, die Erbschaft antritt, die Ehe schließt u. s. f. Darauf dagegen, worauf man gewöhnlich alles Gewicht legt (vgl. z. B. Buchka S. 206, Dernburg S. 19 fg., Scheurl S. 335 fg.), ob nemlich dem Stellvertreter zugleich ein mehr oder weniger freies Ermessen bei der Abschließung des Rechtsgeschäfts eingeräumt ist, kommt für den Begriff der Stellvertretung gar nichts an; selbst in dem Fall, wenn gar keine Bestimmung des Geschäfts in's eigne Ermessen des Handelnden gestellt wurde, ist er dennoch Stellvertreter, wenn er es nur ist, der die juristische Thätigkeit des Geschäftschließens vollzieht. Dieß zeigt sich insbesondere deutlich bei der Eingehung einer Ehe durch eine Mittelsperson (per procuratorem), welche hierzu eines Specialmandats mit dem Auftrag die Ehe im Namen des Mandanten mit einer individuell bestimmten in der Vollmacht genannten Person abzuschließen bedarf (§. 76 a. b. G. B., Schulte Eher. §. 14): dennoch ist diese Person Stellvertreter nicht etwa Bote, weil sie nicht den Willen des Mandanten überbringt, sondern nomine mandantis ihre Einwilligung zur Ehe erklärt. Ebenso verhält es sich, wenn jemanden aufgetragen wird, in einem Laden, wo um feste Preise verkauft wird, einen individuell bezeichneten Gegenstand im Namen des Mandanten zu kaufen; hier ist der Mandatar nicht Bote, sondern Stellvertreter, weil er es ist, der den Kaufcontract schließt.

21) Den wichtigen principiellen Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter hat Savigny Obl. R. II S. 57 fg. (dem hierin Ruhstrat

nommen hat, um die rechtlichen Wirkungen dieses Geschäfts auf einen Andern, anstatt dessen er gehandelt hat, zu übertragen, so ist er nicht Stellvertreter[22], sondern Zwischenperson[23]: der Stellvertreter nimmt einem Andern, der das Subject (Principal) des Geschäfts ist, die Mühe des Geschäftschließens ab, die Zwischenperson dagegen tritt selbst in das durch sie begründete Rechtsverhältniß ein; jener schließt ein ihm fremdes, diese ein ihr eigenes Rechtsgeschäft; im Fall der Stellvertretung ist ein Rechtsgeschäft vorhanden, dessen juristische Wirkungen in der Person des Repräsentirten eintreten, während in dem Fall, daß eine Zwischenperson intervenirt, mehrere Rechtsgeschäfte vorgenommen werden müssen, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen[24]: das Handeln durch Zwischenpersonen ist eine Umgehung der Stellvertretung und findet in jenen Fällen statt, wo die Stellvertretung aus juristischen Gründen unzulässig ist[25] oder aus

---

S. 19 fg. wenigstens für das heutige Recht gefolgt ist) mit Unrecht verwischen wollen; vgl. dagegen auch Scheurl S. 318.

22) In diesen Fällen spricht man gewöhnlich (vgl. z. B. Puchta Vorles. S. 118. 119) von mittelbarer, indirecter Stellvertretung; allein ein solcher Vorgang ist in der That gar keine Stellvertretung, sondern vielmehr ein Aushülfsmittel für die unzulässige oder nichtgewollte Stellvertretung: mittelbare Stellvertretung ist eine contradictio in adjecto. Die Veranlassung zu dieser verwerflichen Annahme einer indirecten Stellvertretung hat der Umstand gegeben, daß das römische Recht eine Stellvertretung bei der Eingehung von Obligationen nicht kennt und auf Umwegen das Bedürfniß des Verkehrs zu befriedigen gesucht hat (vgl. Note 34).

23) Ihering in der angef. Abh. (Abschn. III S. 312 fg.) nennt diese Person Ersatzmann; allein dieser Ausdruck scheint mir nicht richtig, da vielmehr gerade der Stellvertreter Ersatzmann (des Principals des Geschäfts) ist (der daselbst Note 77 vorgeschlagene Ausdruck „stiller Stellvertreter" ist ganz unpassend, da die fragliche Person eben gar kein Stellvertreter ist).

24) Z. B. A der dem C seine Sache tradiren will, tradirt sie dem B, der sie dann dem C tradirt; D der eine Sache kaufen will, beauftragt den E sie im eigenen Namen zu kaufen, der die erkaufte Sache dann wieder dem D tradirt; F der dem G Geld borgen will, leiht sich zu diesem Zweck von H Geld aus (cf. l. 11 D. ad Sc. Vellej. 16, 1).

25) So nach röm. Recht bei den civiles acquisitiones z. B. bei der Mancipation, welche für einen Andern nur dadurch geschehen konnte, daß die Zwischenperson die Sache durch Mancipation selbst erwarb und sie dann wieder durch Mancipation auf den Dritten, der die Sache eigentlich erhalten sollte, übertrug. Da nun die Zwischenperson selbst in das Rechtsverhältniß tritt, so muß sie überhaupt hierzu fähig sein und es müssen überdieß die zur Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlichen Voraussetzungen in ihr vorhanden sein oder wo dieß nicht der Fall ist (z. B. bei der Bestellung oder Erwerbung einer Prädialservitut oder bei einer Acceptilation durch eine Zwischenperson) durch besondere Rechtsgeschäfte in ihrer

gewissen Gründen vermieden werden will[26]. Ebensowenig ist es Stellvertretung, wenn jemand eine Handlung vornimmt, welche für einen Andern eine rechtliche Wirkung hervorbringt, nicht aber die, als dessen eigene Handlung zu gelten[27].

Im Fall der Stellvertretung gilt das vom Repräsentanten geschlossene Rechtsgeschäft gerade so, als ob der Repräsentirte selbst es geschlossen hätte. Das Geschäft ist daher gar nicht das Geschäft des Stellvertreters, sondern ausschließlich und unmittelbar das Geschäft des Principals, der Repräsentirte tritt unmittelbar in das vom Repräsentanten begründete Rechtsverhältniß, und die Wirkungen der juristischen Handlung treten sofort in der Person des Principals ein, der unmittelbar aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird[28]. Es findet hier somit eine Fiction statt: die juristische Handlung des Stellvertreters wird als die Handlung des Vertretenen betrachtet; derjenige, der wirklich gehandelt hat, wird in Ansehung der juristischen Wirkungen seiner Handlung so angesehen als hätte er nicht gehandelt, und derjenige welcher in der That nicht selbst gehandelt hat, wird in jener Beziehung so behandelt, als hätte er die Handlung

---

Person begründet werden (cf. l. 13 §. 10 D. de accept. 46, 4); dafern dieß nicht möglich ist, fällt die Möglichkeit durch eine Zwischenperson zu handeln hinweg; vgl. Puchta Vorl. I S. 120, Ihering S. 315. 316.

26) Solcher Gründe gibt es mannigfaltige (vgl. Ihering S. 317 fg.); z. B. jemand weiß, daß man ihm einen höhern Preis für eine Sache abfordern werde, und läßt sie deßhalb durch eine Zwischenperson kaufen; ein Getreidehändler, der das ganze vorräthige Getreide aufkaufen will, bedient sich hierzu um kein Aufsehen zu erregen, mehrerer Zwischenhändler; jemand muß nothgedrungen veräußern, thut dieß aber, damit es nicht ruchbar werde, durch eine Zwischenperson; C schenkt dem A, der sich von ihm Geld ausborgen will, keinen Credit, wohl aber dem B, der sich nun von C das Geld ausborgt, um es dann dem A zu leihen (l. 29 pr. D. ad Sc. Vellej.) u. s. f. Auf diesem Princip beruht der Commissionshandel: der Commissionär ist Zwischenperson. Ebenso sind die s. g. Treuhänder (Salmannen, manufideles) des älteren deutschen Rechts, denen das Grundstück „zu getreuen Händen" aufgelassen wurde, damit sie es beim Tod des Gebers dem eigentlich Bedachten weiter auflassen sollten (Beseler Lehre von den Erbverträgen I §§. 15. 16) nichts anderes als Zwischenpersonen.

27) Z. B. man expromittirt für jemanden oder zahlt dessen Schulden; hierdurch wird der Schuldner frei als ob er selbst gezahlt hätte (l. 23 l. 40 l. 53 D. de sol. 46, 3 §§. 1358. 1422. 1423 a. b. G. B.), ohne deßhalb aber als selbst zahlend zu gelten; vgl. Puchta Vorles. S. 117 Nr. 2.

28) Daher wird die Fähigkeit, in dem durch den Stellvertreter gegründeten Rechtsverhältniß zu stehen, aus der Person des Repräsentirten beurtheilt (vgl. dagegen Note 25), insbesondere kann der Stellvertreter seinem Principal ein Recht erwerben, welches er selbst zu erwerben unfähig ist, oder eine Verpflichtung auf-

vorgenommen: die Handlung des Einen gilt als die Handlung des Andern[29].

Die Stellvertretung findet im Rechtsverkehr eine doppelte Anwendung. Sie dient als Ersatz der fehlenden eigenen Handlungsfähigkeit (vgl. oben §. 76), in welcher Anwendung sie von ganz besonderer Wichtigkeit ist; oder es bedienen sich ihrer handlungsfähige Personen, um ein Rechtsgeschäft zu Stande zu bringen, von dessen eigener Vornahme sie aus mannigfachen Gründen abgehalten sein können[30]. — Im heutigen Recht bildet in Ansehung der Eingehung von Rechtsgeschäften[31] die Zulässigkeit der Stellvertretung die Regel[32]. Das wichtigste Gebiet, in welchem die Stellvertretung wirksam ist, ist die Sphäre des gleichzeitigen Vermögensrechts; und zwar findet sie hier nicht bloß bei der Erwerbung und dem Aufgeben von Besitz, Eigenthum und dinglichen Rechten[33], sondern auch bei der Eingehung von Verträgen[34] statt. Auf dem Gebiet des Familien-

---

legen, welche er für sich zu übernehmen unfähig ist (vgl. §. 1018 a. b. G. B.). Weil das Geschäft das Geschäft des Repräsentirten ist, so ist auch die Form, in welcher das Geschäft einzugehen ist, aus seiner Person zu beurtheilen (vgl. Dernburg (S. 18 lit. c).

29) Die Annahme dieser Fiction gewährt m. E. allein die befriedigende und ausreichende Construction der Verhältnisse, welche die Stellvertretung erzeugt; diese Fiction wird übrigens schon bestimmt genug angedeutet in c. 72 de R. J. in VI. Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum; vgl. Note 34.

30) Treffend sagt Savigny III S. 90, daß die Stellvertretung insofern „als Erleichterung zu betrachten sei, indem dadurch die juristischen Organe eines Jeden gleichsam vervielfältigt werden."

31) In Ansehung von Delicten findet keine Repräsentation statt, da sich dieses künstliche Institut überhaupt nur ausgebildet hat, um den Verkehr zu erleichtern; der Auftrag ein Delict zu begehen, ist selbst das Delict, der Auftraggeber ist der intellectuelle, der Vollzieher der physische Urheber des Delicts (vgl. §. 5 d. Strafges.).

32) Viel zu allgemein ist die Regel des canonischen Rechts c. 68 de R. J. in VI. Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum. — Insbesondere ist Unzulässigkeit der Stellvertretung anzunehmen, wenn das Gesetz das „persönliche" Handeln der Partei vorschreibt (vgl. z. B. §§. 105. 134. 135 a. b. G. B. Hofdecret 11. Juni 1813 Anhang Nr. 28 §§. 433. 434 a. b. G. B.), oder einen Act vorzunehmen gebietet, wodurch auf den Entschluß der Parteien gewirkt (z. B. §§. 104. 133 a. b. G. B.) oder die Authenticität des Willens festgestellt werden soll.

33) In diesen Fällen findet schon nach röm. Recht unzweifelhaft Stellvertretung statt §. 5 I. per quas pers. (2, 9) §§. 42. 43 l. de R. D. (2, 1) l. 9 §. 4 l. 20 §. 2 D. de A. R. D. (41, 1) l. 41 §. 1 D. de R. V. l. 1 C. per quas pers. (4, 27) l. 1 C. de acq. poss. (7, 32).

34) Nach österr. Recht kann hierüber kein Zweifel herrschen (§§. 1017. 1018 a. b. G. B.); dagegen ist es unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern sehr lebhaft

rechts[35] und des Erbrechts[36] dagegen findet die Stellvertretung nur unbedeutende Anwendung. — Damit das vom Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft das Geschäft des Principals sei, damit nicht jener sondern dieser aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet werde, muß der Stellvertreter in dieser Qualität, im Namen[37] des Principals (alieno nomine) gehandelt haben. Würde der Stellvertreter das Repräsentationsverhältniß verschwiegen und im eignen Namen

---

bestritten, ob schon im neuesten röm. Recht (wie dieß Savigny wohl mit Unrecht annimmt) und insbesondere im heutigen gemeinen Recht eine s. g. vollkommene Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen zuläßig sei; nach der Ansicht jener Schriftsteller, welche dieß (mit Unrecht) verneinen (Puchta Pandekt. §§. 52. 273 fg. und Vorles. dazu, Thöl Handelsr. I §. 25, Vangerow III §. 608) wäre eine Art unvollkommener (nicht mittelbarer oder indirecter, wie man dieß gewöhnlich nennt vgl. Note 22) Stellvertretung anzunehmen, wonach der durch einen Stellvertreter abgeschlossene Vertrag formell der seine, materiell aber der des Vertretenen wäre. — Auch in diesem Fall der Stellvertretung findet eine Fiction statt (vgl. Note 29), indem der vom Stellvertreter abgeschlossene Vertrag so angesehen wird, als ob ihn der Vertretene selbst geschlossen hätte, der als der eigentliche Contrahent gilt. In dieser Beziehung gilt heut zu Tage für die Stellvertretung dasjenige, was das röm. Recht bei Stipulationen durch einer juristischen Gewalt unterworfene Personen sagt l. 45 pr. D. de V. O. — quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus §. 4 I. de inut. stip. (3, 19) l. 1 pr. D. quod jussu (15, 4) (vgl. auch Buchka §§. 19. 21 der das Richtige hat und nur an manchen Stellen, so insbesondere S. 206 sich unpassend ausdrückt, gegen welche Stelle gerade die Einwendungen Dernburg's S. 18 und Scheurl's S. 333 gerichtet sind, deren eigene Erklärung mir unbefriedigend erscheint; das Nähere im Obl. R.).

35) Durch Stellvertreter kann eine Ehe geschlossen (§. 76 a. b. G. B. vgl. Note 20) und unter besondern Umständen (mittels Überreichung des Scheidebriefes) gelöst werden (Hofdecret 19. Mai 1827 Anhang Nr. 29).

36) Die Erbschaft kann durch einen Stellvertreter angetreten oder ausgeschlagen werden; dieß ist nach österr. Recht nicht zu bezweifeln (§§. 233. 1008 Bd I §. 64 Note 11), nach gemeinem Recht bestritten (vgl. Arndts Pandekt. §. 508 Anm. 2) Die Errichtung einer letztwilligen Verfügung kann durch einen Repräsentanten nicht stattfinden, es kann daher insbesondere der Vormund nicht statt des Pflegbefohlenen testiren; die Stellvertretung hat sich nemlich überhaupt nur um das Bedürfniß des Verkehrs zu befriedigen allmälig entwickelt, eine Repräsentation in der angegebenen Richtung ist aber gar nicht nothwendig, da im Fall, daß der Erblasser ab intestato stirbt, die gesetzliche Erbfolge eintritt.

37) Darüber daß unter dem Ausdruck „im Namen des Principals" im „fremden Namen" (alieno nomine) nur zu verstehen sei, daß der Stellvertreter offenbar als solcher, in dieser erkennbar gemachten Qualität gehandelt habe, kann wohl kein Zweifel sein (vgl. indeß Ruhstrat S. 45 fg.); steht dieß einmal fest, so kommt es nicht weiter darauf an, ob der Stellvertreter das Geschäft dem Ausdruck nach auf seinen oder des Principals Namen stellt (was heut zu Tage auch bei der Abschließung von obligatorischen Verträgen zuläßig ist), da es einmal sicher ist, daß er im Namen des Principals, also für diesen nicht für sich handle; vgl. Buchka S. 205 fg.

(suo nomine) gehandelt haben[38], so ist das geschlossene Rechtsgeschäft das seine und die rechtlichen Wirkungen desselben treten in seiner Person ebenso ein wie in dem Fall, wenn die contrahirenden Parteien ausdrücklich übereingekommen sind, daß die vorzunehmende Handlung als die Handlung des Handelnden gelten solle[39].

Damit die Stellvertretung die Wirkung hervorbringe, daß die Handlung des Stellvertreters als die des Repräsentirten gelte, muß der Repräsentant die Befugniß haben, im Namen des Vertretenen zu handeln. Diese Befugniß zur Stellvertretung kann begründet sein 1) in einem Verhältniß, woran kraft gesetzlicher Vorschrift das juristische Repräsentationsverhältniß geknüpft ist; s. g. gesetzliche Stellvertretung (z. B. die Repräsentation der Kinder durch den Vater, der Gattin durch den Gatten (§. 1034 a. b. G. B.); 2) in einem von dem Gericht ausgehenden Auftrag (z. B. Bestellung eines Curators ad hoc) oder Amt (z. B. Bestellung eines Vormunds §. 1034 cit.); 3) in der Verfassung einer juristischen Person, wodurch die Repräsentation dieses künstlichen Rechtssubjects festgesetzt ist (vgl. Bd I §. 43 Nr. III); 4) in einem vom Willen des Repräsentirten selbst ausgehenden Auftrag (Mandat[40], Vollmacht), s. g. freiwillige Stellvertretung. In diesem letzteren Fall heißt der Stellvertreter insbesondere Bevollmächtigter, Gewalthaber, Procurator, der Vertretene Gewaltgeber, Principal (dominus sc. negotii). Der Umfang der Befugnisse eines solchen Stellver-

---

38) Im Zweifel gilt ein Rechtsgeschäft als im eigenen Namen geschlossen, d. h. die Handlung als die eigene des Handelnden; vgl. Buchka S. 207 fg. 230. 231, Thöl I §. 29 Note 12.

39) Z. B. A eröffnet dem B, daß er von C beauftragt sei, in dessen Namen zu kaufen, B aber erklärt dem A, er kümmere sich um den C nicht, ihn gehe der C nichts an, er wolle nur mit A contrahiren und werde sich an diesen halten; schließt hier A mit B das Geschäft, so handelt er als Zwischenperson, nicht als Stellvertreter d. h. das Geschäft ist das seine; vgl. den in l. 29 pr. D. ad Sc. Vellej. (16, 1) dargestellten Fall.

40) Der Abschluß eines Rechtsgeschäfts ist nur ein Fall des Mandats, da das Mandat auf unentgeltliche Besorgung fremder Geschäfte überhaupt (nicht bloß Rechtsgeschäfte §. 1002 a. b. G. B.) gerichtet ist z. B. auf das Reinigen von Kleidern l. 22 D. de praescr. verb. 19, 5), auf das Einziehen von Nachrichten (l. 42 D. mandat. 17, 1) gerichtet ist; jeder Mandatar also ist Stellvertreter (vgl. Ihering S. 312. 313), vielmehr kann z. B. auch der Bote Mandatar sein (Note 5). Es ist daher unrichtig, wenn neuere Lehrbücher (z. B. Puchta Pandekt. §. 323, Arndts Pandekt. §. 291) allgemein und unbedingt als Wirkung des Mandats die Begründung eines juristischen Repräsentationsverhältnisses anführen.

treters, das heißt der Umfang, in welchem seine Handlungen als die des Repräsentirten zu betrachten sind, richtet sich nach dem Umfang der Vollmacht [41]. 5) Endlich kann jemand auch ohne hierzu befugt zu sein, als Stellvertreter eines Andern handeln (negotiorum gestio, Geschäftsführung ohne Auftrag §. 1035 fg. a. b. G. B.) [42]; in diesem Fall kann der ursprüngliche Mangel des juristischen Repräsentationsverhältnisses dadurch ersetzt werden, daß der Repräsentirte nachträglich seine Zustimmung zu dem in seinem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäft gibt (nachträgliche Genehmigung, Ratihabition vgl. unten §. 92 Nr. 5).

V. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte [1].

§. 91. Ein Rechtsgeschäft ist gültig, wenn es juristischen Bestand hat, ungültig, wenn ihm dieser Bestand fehlt [2]. Die Ungültigkeit ist nun entweder die unmittelbar von selbst (ipso jure) eintretende Folge eines Umstandes (Nichtigkeit, Nullität des Geschäfts), oder sie tritt mittelbar ein, indem eine Partei von dem ihr vermöge eines besondern Umstands zustehenden Recht Gebrauch macht, ein an sich bestehendes Geschäft als ungültig anzugreifen und aufzuheben (Anfechtbarkeit, Rescissibilität des Geschäfts) [3].

---

41) Von dem Umfang der Vollmacht (§. 1006 fg. a. b. G. B.) wird im Obl. R. gehandelt werden.

42) Auch hier gilt das Note 40 Bemerkte (l. 10 §. 1 D. de neg. gest. 3, 5 — insulam fulsit, servum aegrotum curavit — l. 10 C. eod. 2, 19); das Nähere im Obl. R.

1) Savigny System IV §§. 202. 203. (Mannigfache Belehrung auch in Ansehung des österr. Rechts gewährt die Schrift von Windscheid Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 1847.)

2) Die meisten Schriftsteller charakterisiren die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfs als die Wirkungslosigkeit desselben, als die Hemmung der Wirksamkeit der betreffenden juristischen Thatsache, so z. B. Savigny §. 202, Sintenis I §. 24 (dem fast durchaus Heimbach im R. L. IX S. 202 fg. folgt), Böcking §. 119, Windscheid S. 1 fg. u. A. Allein dieß ist wohl unrichtig und beruht auf einer Verwechslung der Folge mit dem Grund: die Wirkungslosigkeit der juristischen Thatsache ist die Folge ihrer Unrichtigkeit, ein Geschäft bringt die beabsichtigte Wirkung nicht hervor, weil es den beabsichtigten Bestand nicht hat.

3) Der Unterschied zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit besteht darin, daß das nichtige Geschäft an sich gar nicht besteht, während das anfechtbare Geschäft an sich zu Recht besteht, einer Person aber das Recht zusteht, es aufzuheben; das nichtige Geschäft ist ein ursprünglich oder in der Folge aufgehobenes, das anfechtbare ein ursprünglich oder in der Folge aufhebbares,

Der Ausdruck **Ungültigkeit** befaßt dem herrschenden Sprachgebrauch zufolge [3a] sowohl die Nichtigkeit als die Anfechtbarkeit [4]; wenn irgendwo der Ausdruck Ungültigkeit gebraucht wird, ist daher immer noch erst zu untersuchen, welche Art der Ungültigkeit darunter zu verstehen sei.

A. **Nichtigkeit** (**Nullität**). I. Ein Rechtsgeschäft ist **nichtig**, wenn es nur dem Schein nach (de facto) existirt, in juristischer Beziehung aber (de jure) in Folge eines gewissen Umstands gar nicht besteht (negotium nullum, **kein** Geschäft). Die Nullität ist die Verneinung des juristischen Daseins eines Rechtsgeschäftes. Die Nichtigkeit ist eine **ursprüngliche** oder **nachfolgende** [5], je nachdem das Geschäft zufolge des die Nichtigkeit bewirkenden Umstandes an seinem juristischen Entstehen gehindert ist, also rechtlich gar nicht zur Existenz kommt, oder zwar zum juristischen Dasein gelangt ist, allein durch einen später eintretenden Umstand von selbst (ipso jure) wieder aufgehoben (vernichtigt) wird [6].

II. Die **Gründe** der **ursprünglichen** Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes können darin liegen, daß das fragliche Rechtsgeschäft einem absolut verbietenden Gesetz (einer s. g. lex perfecta [7]) zuwider-

---

jenes ist ungültig (nonexistent), dieses **kann** ungültig werden: in Beziehung auf den Umfang der Aufhebung aber findet zwischen beiden Arten der Ungültigkeit kein Unterschied statt (vgl. **Puchta** Vorles. I §. 67 S. 151). Es ist daher wohl unrichtig, wenn **Savigny** S. 536. 537 die Nichtigkeit **vollständige**, die Anfechtbarkeit **unvollständige** Ungültigkeit nennt.

3a) Passend ist dieser Sprachgebrauch aber freilich nicht; denn nur das nichtige Rechtsgeschäft **ist** ungültig, das anfechtbare Rechtsgeschäft ist vorderhand gültig und **kann** nur ungültig **werden** (Note 3): indem man auch das anfechtbare Geschäft ein ungültiges nennt, hat man den Zustand vor Augen, in den das an sich gültige Geschäft gebracht werden kann, man anticipirt eine Wirklichkeit, die vorläufig bloß eine Möglichkeit ist.

4) Über die Ausdrücke, welche das römische Recht zur Bezeichnung dieser beiden Arten der Ungültigkeit gebraucht, vgl. **Savigny** §. 202 Note e, **Sintenis** I §. 24 Note 1, **Fritz** Erläut. I S. 198, **Böcking** §. 119 Note 15.

5) **Savigny** S. 542 fg. gebraucht dafür die (minder passenden) Ausdrücke „gleichzeitige, ungleichzeitige" Ungültigkeit.

6) Manche Schriftsteller meinen, die ursprüngliche Ungültigkeit sei Nullität, die nachfolgende Rescissibilität: allein auch die Anfechtbarkeit kann von Anfang an begründet sein und die Nullität erst später eintreten; vgl. **Sintenis** Note 3, **Brandis** in der Note 41a angef. Abhandl. S. 122, **Puchta** Vorles. I S. 152.

7) Über den Begriff der lex perfecta und über die im Text angegebene

läuft[8], oder daß es dem Rechtsgeschäft an einer der zu seiner Entstehung nothwendigen Bedingungen fehlt[9]: der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses hindert schlechterdings das juristische Existentwerden des Geschäfts. Hierher gehören insbesondere solche Mängel, welche die erforderlichen Eigenschaften der Person[10] (Bd I §. 29 fg. Bd II §. 76) oder der Sache (Bd I §. 46)[11], das Dasein des Willens[12], die Beobachtung der für gewisse Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Form[13] (Bd II §. 86) und das Vorhandensein der wesentlichen Bestandtheile[14] des Rechtsgeschäfts (Bd II §. 79) betreffen.

Die nachfolgende Nichtigkeit tritt ein, wenn ein Rechtsgeschäft, welches ursprünglich gültig eingegangen wurde, durch einen später eintretenden Umstand von selbst (ipso jure) vernichtigt,

---

Wirkung einer gegen dieselbe verstoßenden Handlung vgl. Bd I §. 9 Nr. 1 und Windscheid S. 4 fg. 7 fg.

8) Sintenis I S. 217 (und ihm folgend Heimbach im R. L. IX S. 233) zieht auch solche Handlungen hierher, welche „in Zweck und Mitteln dem positiven Recht fremd sind" und führt (Note 4) als Beispiel an, daß durch bloßes Versehen Eigenthum nicht übertragen werde (l. 20 C. de pact. 2, 3), daß nuda pacta nach röm. Recht keine Klage erzeugen u. s. f. Allein solche Handlungen sind durchaus gültig und bringen die ihnen eigenthümlichen Wirkungen hervor, nur erzeugen sie an sich eine gewisse Wirkung nicht, die man ihnen sonst beizulegen etwa geneigt wäre. Ebenso unrichtig ist es, wenn Sintenis Note 4 (und ebenso Heimbach Note 217) unter jener Rubrik die Erbverträge anführt, welche nach röm. Recht ungültig waren (l. 15 l. 19 C. de pact. 2, 3), da diese Verträge als contra jus publicum verstoßend galten und daher verboten waren.

9) Vgl. Sintenis S. 218, Windscheid S. 15 fg.

10) Z. B. ein zur schweren Kerkerstrafe Verurtheilter errichtet ein Testament (§. 574 a. b. G. B.) oder schließt eine Ehe (§. 61 a. b. G. B.); ein Wahnsinniger schließt ein Kaufgeschäft; ein Unmündiger veräußert eine Sache u. s. f.

11) Z. B. Kauf und Tradition einer res extra commercium (§. 878 a. b. G. B.).

12) Nichtigkeit in jenen Fällen, wo der zur Entstehung des Rechtsgeschäfts erforderliche Wille resp. die Willenseinigung nicht vorhanden ist, z. B. beim absoluten Zwang (nach österr. Recht auch in manchen Fällen des psychologischen Zwangs oben §. 80), beim wesentlichen Irrthum (oben §. 89), im Fall der Vereitlung einer Suspensivbedingung oder der Erfüllung einer Resolutivbedingung (oben §. 82 Nr. IV) u. s. f.; aber Nullität nach österr. Recht (§. 572 a. b. G. B. vgl. oben §. 84 Nr. I) auch im Fall der Berücksichtigung der falsa causa bei letzten Willenserklärungen.

13) Z. B. ein ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtetes Testament (§. 601 a. b. G. B.), ein ohne Beobachtung der im Art. 4 der W. O. vorgeschriebenen Förmlichkeiten ausgestellter Wechsel.

14) Z. B. ein Kaufgeschäft ohne Bestimmung des Preises (§. 1054 fg. a. b. G. B.).

d. h. nach rückwärts (ex tunc) wieder aufgehoben wird[15], sodaß es zu betrachten ist, als hätte es niemals gültig bestanden[16]. Eine solche Vernichtigung eines Rechtsgeschäftes durch einen später eintretenden Umstand pflegt man Infirmation (Entkräftigung) zu nennen[17]. In dieser Beziehung gilt die Regel, daß ein rechtsgültig zu Stande gekommenes Geschäft dadurch nicht vernichtigt wird, daß Umstände eintreten, unter denen die gültige Errichtung des fraglichen Rechtsgeschäftes nicht möglich wäre[18]. Die Frage, welche Umstände es seien, die ausnahmsweise jene Wirkung, ein gültig errichtetes Rechtsgeschäft nach rückwärts zu vernichtigen, hervorzubringen im Stande sind, läßt sich im Allgemeinen nur dahin lösen[19], daß das Hinwegfallen eines Erfordernisses ein Geschäft

---

15) Fälle dieser Art sind z. B. die Entkräftigung eines Testaments durch Geburt eines Posthumus s. g. testamentum ruptum l. 12 pr. D. de injust. testam. 28, 3 §. 778 a. b. G. B.), die Zerstörung eines Testaments (§. 722 a. b. G. B.), die Errichtung eines neuen Testaments (§. 713 a. b. G. B.), der mutuus dissensus der Parteien bei einem Consensualvertrag (§. 4 I. quib. mod. obl. 3, 29 l. 1 C. quando lic. 4, 45 §. 920. a. b. G. B u. s. f.

16) Hieraus ergibt es sich von selbst, daß die Fälle, in welchen ein Rechtsverhältniß oder ein Recht erlischt (z. B. die Obligatio durch Erfüllung) nicht zur nachfolgenden Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte gerechnet werden können (wie dieß Savigny S. 536. 542 thut; vgl. gegen ihn Sintenis S. 219 und Note 14, Heimbach Note 216. 222, Wächter §. 68 Note 45), da in diesen Fällen das Rechtsgeschäft vielmehr vollkommen zu Recht bestehen bleibt und nur das aus demselben entspringende Verhältniß oder Recht zu Ende geht; durch die Entrichtung der schuldigen Leistung z. B. wird der eingegangene Vertrag nicht nach rückwärts vernichtet, sondern vielmehr erfüllt, und dadurch die Obligatio für die Zukunft aufgehoben.

17) Vgl. Fritz Erläuter. I S. 200, Seuffert Pandekt. §. 83. Auch in dieser Beziehung herrscht, was den Ausdruck betrifft, unter den Schriftstellern keine Übereinstimmung, indem manche (z. B. Sintenis S. 224) die Rescission eines Geschäfts Entkräftigung, Infirmation desselben nennen; Böcking §. 119 §. g will diesen Ausdruck sowohl für den Fall der nachfolgenden Nichtigkeit als den der Rescission gebrauchen, was jedenfalls nicht empfehlenswerth ist. Für das österr. Recht empfiehlt sich die im Text gebrauchte Beziehung dieses Ausdrucks, durch die Rücksicht auf §. 778 a. b. G. B. (welcher § aber freilich zwei ganz verschiedene Fälle — Irrthum im Motiv im Fall einer Präterition, und Ruption eines Testaments durch Nachgeburt eines Notherben — zusammenwirft).

18) l. 85 §. 1 D. de R. J. Non es novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. l. 140 §. 2 D. de V. O. l. 31 pr. D. de donat. (39, 5). Diese Regel spricht das österr. Gesetzb. im §. 575 aus, sie gilt aber sicher nicht etwa bloß in der Sphäre des Erbrechts, sondern ganz allgemein.

19) Vgl. Fritz Erläut. I S. 200, Puchta Vorles. I S. 153, Wächter II S. 669, Böcking §. 119 §§. h. i; mit Unrecht verzichtet Savigny

entkräfte, wenn dasselbe nicht bloß ein Erforderniß der Errichtung des Geschäftes ist, sondern wenn von demselben auch das Dasein und Fortbestehen des fraglichen Rechtsgeschäftes abhängt[20]. Die zum Bestehen nicht bloß zum Entstehen des Geschäftes wesentlich nothwendigen Momente aber sind die Privatrechtsfähigkeit der handelnden Personen[21] und der Sachen, welche das Object des Rechtsgeschäftes bilden[22], während eine Änderung in der Handlungsfähigkeit der Person[23] oder in der Dispositionsfähigkeit über die Sache[24] eine Infirmation des Rechtsgeschäftes[25] hervorzubringen nicht im Stande ist.

S. 552 fg. (und ihm folgend Sintenis und Heimbach) auf die Aufstellung einer allgemeinen Regel, vgl. dagegen auch Böcking Note 17.

20) Auf diese Fälle beziehen sich die, den in Note 18 angeführten Stellen (scheinbar) widersprechend, Aussprüche in l. 3 §. 2 D. de his quae pro non script. (34, 8) — quae in eam causam pervenerunt a qua incipere non potuerunt, pro non scriptis habentur. l. 98 pr. i. f. D. de V. O. — secundum illorum opinionem, qui etiam ea quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. l. 16 D. ad leg. Aquil. (9, 2). l. 140 §. 2 cit.

21) Daher wird z. B. das Testament ungültig, wenn der Erblasser die zur Testamentserrichtung erforderliche Rechtsfähigkeit (Testamentifactio) verliert (§. 4 I. quib. mod. test. 2, 17 l. 6 §§. 5—13 D. de injust. test. 28, 2; Bd I §. 33 Note 5), oder wenn der eingesetzte Erbe später die Erbfähigkeit (nicht bloß die Capacität, Erbwürdigkeit, sondern die s. g. passive Testamentifactio) verliert §. 545 a. b. G. B. (Dagegen gehört der öfters, so z. B. von Böcking §. 119 Note 14, 18 hierherbezogene Fall, daß eine Ehe nach röm. Recht ungültig ward, wenn ein Gatte die Civität oder die Freiheit verlor l. 1 D. de divort. 24, 2 ebensowenig hierher, als etwa der Fall, daß die Ehe durch den Tod eines der Gatten nichtig wird: in beiden Fällen erlischt nur das Rechtsverhältniß, die Ehe, ipso jure, das die bisher gültig bestandene Ehe begründete Rechtsgeschäft aber wird nicht nach rückwärts vernichtet vgl. Note 16).

22) Wenn daher die Sache außer Verkehr gesetzt wird, so wird das über dieselbe geschlossene Rechtsgeschäft infirmirt, §. 880 a. b. G. B. §. 2 I. de inut. stip. (3, 19) l. 83 §. 5 D. de V. O. l. 136 §. 1 eod.

23) Daher bleibt z. B. ein Testament gültig, wenn gleich der Testator später in Wahnsinn verfällt (§. 1 I. quib. non est permiss. 2, 12 l. 6 §. 1 l. 20 §. 4 D. qui testam. fac. 28, 1) oder als Verschwender erklärt wird (l. 18 pr. D. eod. vgl. Bd I §. 33 Note 5, in welcher unter „rechtlicher Fähigkeit" die Rechtsfähigkeit, unter „physischer Fähigkeit" die Handlungsfähigkeit zu verstehen ist).

24) Daher besteht z. B. die Obligatio fort, wenn der Schuldner mittlerweile die geschuldete Sache weiter veräußert hätte.

25) Eine Infirmation eines Geschäfts in der angegebenen Weise fand nach röm. Recht ungleich häufiger statt, als im heutigen Recht, da nach röm. Recht die Privatrechtsfähigkeit der Subjecte an manche besondere Voraussetzungen geknüpft war, und Sachen hinterher leicht extra commercium kommen konnten; vgl. Böcking Note 17, Wächter Note 49.

III. Das nichtige Rechtsgeschäft hat nicht die Kraft zu existiren, es ist juristisch gar nicht vorhanden. Es kann daher durch ein solches Rechtsgeschäft weder ein Rechtsverhältniß begründet, noch ein bestehendes modificirt oder aufgehoben werden. Deßhalb ist auch eine Bürgschaft oder eine Pfandbestellung für ein nichtiges Geschäft gleichfalls nichtig, weil ein Recht, welches gesichert und befestigt werden könnte, nicht existirt[25a]. Diese vollständige Wirkungslosigkeit des nichtigen Geschäftes, welche eine nothwendige Folge der Nullität ist[26], macht sich in Ansehung eines jeden Theilnehmers am Geschäft sowie überhaupt eines jeden geltend, auf dessen Rechtsverhältnisse das Rechtsgeschäft, wenn es gültig wäre, Einfluß üben würde[27]. Und zwar findet diese allseitige vollständige Wirkungslosigkeit des nichtigen Geschäfts nicht nur im Fall der s. g. absoluten Nichtigkeit (Nr. V), sondern ebenso im Fall der s. g. relativen Nichtigkeit statt, dafern nur die Partei, zu deren Gunsten die Nullität besteht, das Geschäft als nichtiges behandelt.

IV. Da das nichtige Rechtsgeschäft juristisch gar nicht vorhanden ist, so ist eine Umstoßung desselben durch ein besonderes Rechts-

25 a) §§. 449. 1351 a. b. G. B. Wenn also z. B. ein Wahnsinniger einen Vertrag geschlossen hat, so ist die dafür bestellte Bürgschaft nichtig l. 70 §. 4 D. de fidejuss. (46, 1) Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur; l. 6 D. de V. O. (über die scheinbar widerstreitende l. 25 D. de fidejuss. vgl. Girtanner Die Bürgschaft nach gem. Civilr. 1850 I §. 7); dieß gilt auch nach österr. Recht und steht dem der §. 1352 a. b. G. B. (der m. E. gewöhnlich unrichtig aufgefaßt wird) nicht entgegen (das Nähere im Obl. R.). Ebenso ist ein Pfand für Zinsen, insoweit sie das erlaubte Maß übersteigen, ungültig l. 11 §. 3 D. de pign. act. (13, 7).

26) Die Wirkungslosigkeit ist eine Consequenz dessen, daß das Geschäft juristisch nicht existirt; weil das Geschäft de jure nicht vorhanden ist, kann es nicht die rechtlichen Wirkungen hervorbringen, welche das gültige Geschäft erzeugt. Gewöhnlich (vgl. Note 2) charakterisirt man den Begriff der Nichtigkeit dadurch, daß man diese Folge in die Definition aufnimmt; in ähnlicher Weise heißt es im §. 1372 a. b. G. B. „der Nebenvertrag — ist ohne rechtliche Wirkung", während in dem vorhergehenden § gesagt wird, daß gewisse Nebenverträge „ungültig" seien.

27) Daher kann z. B. wenn gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot veräußert wurde, der Veräußerer selbst die Veräußerung als nichtig behandeln und die veräußerte Sache vindiciren, weil das Eigenthumsrecht von ihm nicht hinweggegangen ist (l. 8 C. de praed. min. 5, 71 — in dominio permansit l. 3 eod. — illibata vobis persecutio manet l. 11 eod. — retinetur dominium l. 15 eod. — dominium a te discedere non potuit); vgl. hierüber schon Schweppe I §. 103 a a. E., insbes. Brandis in der Note 42 angef. Abh. S. 183 fg. und Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 1.

mittel nicht nur nicht nöthig, sondern gar nicht möglich[28], da nur dasjenige, was an sich besteht, angefochten und umgestoßen werden kann, und jeder Angriff ein Anzugreifendes, somit Existirendes voraussetzt. Da die Nichtigkeit nur die reine Verneinung der Existenz eines Rechtsgeschäftes ist, so kann aus ihr selbst ein Rechtsanspruch nicht abgeleitet werden; die Nullität kann weder das Fundament einer eigenen Klage abgeben, noch ist ein reeller Gegenstand für eine solche Klage vorhanden. Die Berufung auf die vorhandene Nichtigkeit eines Geschäfts kann in dem betreffenden Rechtszustand keine Änderung hervorbringen, indem durch sie nichts anderes geltend gemacht wird, als daß das fragliche Geschäft nichtig sei, und daher die aus demselben abgeleiteten Wirkungen in der That nicht vorhanden seien. Durch die Berufung auf die vorhandene Nichtigkeit werden die Folgen derselben nicht erst herbeigeführt, sondern es wird von der ipso jure eingetretenen Wirkungslosigkeit des fraglichen Rechtsgeschäftes nur praktisch Gebrauch gemacht, indem man dasjenige Recht geltend macht, dem das nichtige Geschäft entgegenzustehen scheint, in der That aber, weil es nichtig ist, nicht entgegensteht. — Diese einfache Auffassung und Behandlung der Nichtigkeit wurde jedoch von der älteren Schule verkannt, indem sie gerade eine eigene **Nichtigkeitsklage**, die s. g. querela nullitatis statuirte, mittelst welcher das nichtige Geschäft anzugreifen, und dann vom Richter aufzuheben, „umzustoßen" sei. Von dieser **Nullitätsquerel** (zu deren Annahme die älteren Juristen wohl durch einen ganz anders beschaffenen sofort zu erwähnenden Fall bestimmt wurden) machte die ältere Doctrin[29] einen ziemlich ausgedehnten Gebrauch[30], und behauptete eine dreißig-

28) Dieß wird heut zu Tage allgemein anerkannt vgl. z. B. Brandis S. 123, Savigny S. 540, Wächter S. 659 fg., Sintenis S. 217 u. A.

29) In welchem auffallenden Umfang noch die ausgezeichnetsten heutigen französischen Juristen die (in 10 Jahren verjährende) Nullitätsquerel des Code civ. a. 1304 selbst in den Fällen der absoluten Nichtigkeit für nöthig halten, darüber vgl. Windscheid S. 30 fg.

30) Der Hauptfall betrifft nichtige Testamente (vgl. Note 34) und Erbverträge; aber auch in andern Fällen behauptete man die Nothwendigkeit einer Nullitätsquerel, so z. B. sollte der Mündel im Fall, daß das Mündelgut ohne obrigkeitliche Einwilligung veräußert wurde, eine s. g. vindicatio qualificata anstellen, vgl. Höpfner Institut. §. 344 und Schmidt Lehrbuch der gerichtlichen Klagen §. 695.

jährige Verjährung derselben[30a]. Im heutigen österreichischen Civilrecht gibt es noch Einen Fall dieser Art, in welchem die absolute[31] Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes (Nr. V) mittelst einer eigenen in einer besonders bestimmten Zeit verjährenden Nullitätsquerel geltend gemacht werden muß; dieser Fall betrifft die absolut nichtigen Erklärungen des letzten Willens, indem diese in der Regel[32] mittelst einer binnen drei Jahren verjährenden Nullitätsklage (§. 1487 a. b. G. B.) „umgestoßen"[33] werden müssen[34]. In allen übrigen Fällen

30a) Im modernen Prozeßrecht hat sich die dem röm. Recht unbekannte Nichtigkeitsbeschwerde (Nullitätsquerel) ausgebildet, welche siegreich durchgeführt Cassation des Urtheils oder des ganzen Prozesses zur Folge hat; vgl. prov. C. P. O. §. 339 fg., Linde Handbuch von den Rechtsmitteln Bd V §. 226—275, Bayer Vorträge §. 330.

31) Auch in manchen Fällen der s. g. relativen Nichtigkeit muß dieselbe mittelst einer eigenen Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden; vgl. Nr. V.

32) So z. B. in dem Fall, wenn das Testament oder der Erbvertrag wegen Mangels s. g. innerer (§. 565 fg. a. b. G. B.) oder äußerer Erfordernisse (§. 577 fg.) ungültig ist (§§. 601. 1249), z. B. der Erblasser hat im Zustande des Wahnsinns (§. 566) oder in Folge absoluten oder compulsiven Zwangs (§. 565) das Testament errichtet oder als zur schweren Kerkerstrafe oder zum Tod verurtheilter Verbrecher (§. 574), oder ein zugezogener Zeuge hatte nicht die erforderliche Qualität u. s. f. Ist das Testament nicht „in der gehörigen Form errichtet" d. h. ist es sofort ersichtlich, daß das Testament wegen Mangels äußerlicher Förmlichkeiten ungültig sei (z. B. es sind nicht drei Zeugen zugezogen §. 579), so findet keine Nullitätsquerel statt, indem vielmehr der Testamentserbe angewiesen wird gegen den Intestaterben als Kläger aufzutreten (§. 126 §. 61 des Ges. 9. Aug. 1854). Vieles hängt hier mit dem Institut der Verlassenschaftsabhandlung zusammen; das Nähere kann erst im Erbrecht gegeben werden.

33) Daß die Bestimmung des §. 1487 a. b. G. B. von den Fällen der absoluten (und relativen vgl. Note 50) Nullität einer letzten Willenserklärung zu verstehen sei, darüber kann mit Rücksicht auf den Stand der Doctrin zur Zeit der Abfassung des bürgerl. Gesetzb. (vgl. Note 34) wohl kein gegründeter Zweifel herrschen vgl. auch Zeiller IV S. 246; was Sonnleithner Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 79 fg. in dieser Beziehung bemerkt hat, ist an sich ganz richtig, vom Standpunkt des österr. Rechts aus aber unzutreffend. Freilich muß man nunmehr (vgl. Winiwarter V S. 230 fg., Ellinger ad §. 1487) auf Grundlage jenes § „umstoßen" dahin definiren, daß es bedeute „die Gültigkeit läugnen, sie bestreiten:" mit ebensoviel Recht könnte man aber auch behaupten, ein Gebäude niederreißen, heiße die Existenz desselben läugnen!

34) Die ältere Schule statuirte gleichfalls für diesen Fall (den Hauptfall vgl. Note 30) die Nullitätsquerel; vgl. Mencken de actionibus (ed. Madihn) sect. 3 c. 2 membr. 2, Boehmer de actionibus sect. 2 c. 3 §§. 49. 50, Schmidt Lehrb. §. 537 fg. Manche Schriftsteller (wie z. B. Mencken l. c. §. 1) behaupten die Nothwendigkeit der querela nullitatis in diesem Fall, Andere (wie z. B. Böhmer l. c. und Madihn in der Note 1151 zu Mencken gestatteten dem Kläger die Wahl zwischen der hereditatis petitio simplex und qualificata, qua testamentum ex

dagegen findet auch nach österreichischem Recht eine Nullitätsquerel nicht statt[35].

Verschieden von dieser Nichtigkeitsklage als der Klage auf Aufhebung (Umstoßung) des an sich nichtigen Geschäftes, ist die Präjudicialklage auf Erwirkung eines richterlichen Ausspruchs über den Nichtbestand eines Rechtsgeschäfts. Es kann nemlich in manchen Fällen zweifelhaft sein, ob ein Rechtsgeschäft gültig oder nichtig sei; wird die Frage über die Existenz oder Nichtexistenz dieses Geschäfts vor den Richter zur Untersuchung gebracht und

---

capite nullitatis impugnatur; diese hereditatis petitio qualificata ist eben die querela nullitatis, quae se fundat in nullitate testamenti et solum tendit ad testamentum nullum declarandum, verbunden mit dem petitum hereditatis petitionis, quae cum querela nullitatis cumulari solet, daher diese Klage auch von Manchen (z. B. Hommel Note 1150 zu Mencken) als actio mixta bezeichnet wurde. — Nach der theoretisch allein richtigen Auffassung stellt sich dieser Fall folgendermaßen dar. Wenn der Erblasser, dessen nächster Intestaterbe der A ist, ein Testament hinterläßt, worin er den B zum Erben einsetzt und dieses Testament nichtig ist, so fällt dem A, eben weil das Testament nichtig, die Intestaterbschaft an; der A kann daher, wenn B die Erbschaft besitzt, ihm dieselbe mittelst der hereditatis petitio ab intestato abfordern; beruft sich der beklagte B auf das Testament, so negirt A in der Replik dessen rechtliche Existenz. Eine besondere Nullitätsquerel, welche zum mindesten überflüssig ist, existirt nicht und kann von einer Verjährung derselben nicht die Rede sein; was verjähren kann, das ist nur die hereditatis petitio ab intestato, und durch diese Verjährung kann es kommen, daß das an sich nichtige Testament factisch in Wirksamkeit bleibt. Die s. g. Nullitätsquerel ist in diesem Fall nichts anderes als die hereditatis petitio mit anticipirter Replik der Nullität des Testaments.

35) Wenn daher die Veräußerung einer Sache nichtig ist (z. B. die Sache eines Mündels ist ohne Einwilligung des Vormunds oder der vormundschaftlichen Behörde veräußert worden), so fordert der Eigenthümer mit der Eigenthumsklage die Sache jedem Besitzer ab, und zwar ist diese Eigenthumsklage ganz die gewöhnliche (nicht eine rei vindicatio qualificata wie die ältere Schule z. B. Höpfner §. 344 wollte, die im Grunde wieder nichts anderes als die Eigenthumsklage mit anticipirter Replik der Nullität des Veräußerungsgeschäfts ist): eine Nullitätsquerel findet nicht statt, was verjähren kann, ist nur die Eigenthumsklage. Befindet sich die nichtig veräußerte Sache noch in der Hand des ersten Empfängers, so findet gegen diesen auch eine persönliche Klage auf Rückgabe der Sache statt (vgl. Wächter §. 86 Note 36, Seuffert Archiv Bd VII Nr. 320 Bd III Nr. 177). Das Gleiche gilt im Fall, daß ein Vertrag simulirt oder von einem Wahnsinnigen abgeschlossen wurde oder contra bonos mores (§. 878 a. b. G. B.) oder ein wucherischer ist u. s. f.; ist aus einem solchen nichtigen Vertrag schon geleistet worden, so findet Rückforderung des Gegebenen mit der condictio sine causa, und dafern die Nichtigkeit auch den Eigenthumsübergang betrifft, rei vindicatio statt; ist noch nicht geleistet worden, so kann sich der beklagte Contrahent in der Einrede auf die Nichtigkeit des Vertags berufen (eine Nullitätsquerel ist unstatthaft); auch kann, wenn eine Partei die

spricht er die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes aus, so führt er durch diesen Ausspruch nicht erst die Nichtigkeit herbei und stoßt dadurch nicht erst das bisher bestandene Geschäft um, sondern er spricht nur den vorhandenen Rechtszustand aus, er erkennt die Nichtigkeit als durch die betreffenden Gründe in der That eingetreten an, d. h. sein Urtheil ist lediglich declaratorischer Natur. Bei der Ehe insbesondere muß [36] dieß geschehen, indem man es nicht den Parteien überlassen kann, unter sich darüber einig zu werden, ob ihre Ehe zu Recht bestehe oder nicht (§. 93 a. b. G. B.), sondern eine sorgfältige unparteiische Untersuchung darüber vonnöthen ist, ob bei der Eingehung der Ehe Umstände vorhanden waren, welche die Nichtigkeit derselben zur Folge hatten [37].

V. Die Nichtigkeit wird in einer seit langer Zeit herkömmlichen Weise [38] in eine absolute und relative, (respective, schwebende) unterschieden. Unter der absoluten Nullität versteht man jene, welche unbedingt eintritt und daher von jeder der dabei interessirten Personen geltend gemacht werden kann, unter der relativen (schwebenden) jene [39], welche nur mit dem Willen einer bestimm-

---

die Gültigkeit eines nichtigen Geschäfts behauptet und sich eines Rechts daraus berühmt, eine Provocation zum Klagen (provocatio ex lege diffamari §. 66 A. G. O.) stattfinden, um eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, ob das Geschäft gelte oder nicht (vgl. Wächter §. 86 Note 23).

36) In andern Fällen können die Parteien, wenn unter ihnen Streit darüber herrscht, ob das eingegangene Geschäft zu Recht bestehe oder nicht, diese Frage als Präjudicialfrage zur richterlichen Entscheidung bringen; vgl. Note 35 a. E. und Bähr Die Anerkennung §. 69.

37) Durch die s. g. Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe wird nicht etwa die bisher zu Recht bestandene Ehe aufgelöst, sondern nur ausgesprochen, daß die Ehe bisher bloß zum Schein bestanden habe; daher heißt es auch sehr treffend in der Marginalrubrik zu §. 94 fg. a. b. G. B. „scheinbare Aufhebung der Ehe durch Erklärung der ursprünglichen Ungültigkeit,“ da in der That eine Ehe, die aufgehoben werden könnte, gar nicht vorhanden ist. Nach römischem Recht fand im Fall des matrimonum nullum eine richterliche Untersuchung nicht statt: die Ehe galt ohne weiters als nicht bestehend. Einen Fall dieser Art kennt auch das österr. Recht, indem eine ohne Beobachtung der Vorschrift des §. 124 a. b. G. B. geschlossene Judenehe nach dem Hofdecret 13. Jänner 1827 (Anhang Nr. 26) ohne weiters, also ohne gerichtliches Verfahren, als nicht bestehend angesehen wird.

38) Vgl. die Nachweise bei Brandis S. 121, Windscheid S. 58. Insofern ist es unrichtig, wenn Puchta Vorles. I S. 152 sagt, „in neuester Zeit“ habe man eine relative Nullität angenommen; nur so viel ist richtig, daß der Begriff der relativen Nullität „erst in neuerer Zeit wieder mehr Anwendung und Beachtung in der Wissenschaft gefunden habe.“

39) Über andere Bedeutungen, in welchen man den Ausdruck „relative

ten Person eintritt, und auf welche sich daher nur diese bestimmte Person berufen darf. In den Fällen der relativen Nullität hängt es von dem Willen jener Partei, zu deren Gunsten die Nichtigkeit eingeführt ist, ab, ob das Geschäft als nichtig zu behandeln sei oder nicht; sie kann das an sich (ipso jure) nichtige Geschäft in die Lage bringen, daß es als von Anfang gültig zu betrachten ist, oder jenen Umstand geltend machen, der die Nichtigkeit des Geschäfts zur unmittelbaren Folge hat[40]. Da in diesen Fällen das Vorhandensein der Nichtigkeit von dem Willen einer Partei abhängt, so erscheint die Nichtigkeit des Geschäfts[41] insofern als eine von der Willkür der betreffenden Person abhängige d. h. als eine bedingte[41a]. Diese (in neuerer Zeit lebhaft angegriffene[42]) Unterscheidung der Nichtigkeit

---

(„respective") Nullität" hin und wieder gebraucht vgl. Brandis S. 122. (Insbesondere bezeichnet man öfters die totale und partielle Nichtigkeit [Text Nr. VI] in unpassender Weise als absolute und respective Nullität, so z. B. Schweppe I §. 103.)

40) Solche Fälle kennt das römische Recht wohl nicht (vgl. Brandis in der Note 42 angef. Abhandl.); sehr bestritten ist es bekanntlich, ob nach röm. Recht (cf. l. 13 §. 29 D. de A. E. V. pr. I. de auct. tut. 1, 21 l. 7 §. 1 D. de rescind. vend. 18, 5) das vom Pupillen ohne Einwilligung des Vormunds geschlossene zweiseitig verbindliche Geschäft (s. g. negotium claudicans) ein relativ nichtiges sei (wie Savigny III S. 40 IV S. 541 und Puchta §. 232 Note a annehmen) oder nicht (vgl. Brandis §. 7 fg., Vangerow I §. 279, nunmehr auch Arndts Pandekt. 2. Aufl. §. 234 Anm. 3); der von Savigny IV S. 541 hierher bezogene Fall (l. 17 §. 1 l. 65 §. 8 D. pro. soc.) ist sicher nicht hierher zu zählen.

41) Die relative Nullität unterscheidet sich von der Anfechtbarkeit dadurch, daß, wenn die dazu berechtigte Person das Geschäft nicht gelten lassen will, dasselbe nicht erst für die Zukunft (ex nunc) aufgehoben wird, sondern von Anfang an (ex tunc) nicht existirt: das anfechtbare Geschäft ist ein durch den Willen der berechtigten Partei aufhebbares, das relativ nichtige ein zwar von selbst (ipso jure) oder nur mit ihrem Willen aufgehobenes.

41a) Im Gegensatz zur relativen Nullität erscheint dann die absolute Nullität als eine unbedingte d. h. als eine von der Willkür der Parteien unabhängige; vgl. Puchta Vorles. I S. 153.

42) Insbesondere von Brandis in einer tüchtigen Abhandlung „Über absolute und relative Nichtigkeit" in der Gieß. Zeitschr. Bd VII Nr. IV. V S. 121—205; ihm sind in der Verwerfung der Annahme einer relativen Nullität manche neuere Schriftsteller gefolgt wie Puchta §. 67 (vgl. jedoch Note 41a), Sintenis §. 24 Note 17, Heimbach im R. L. IX S. 235. 236, Vangerow I S. 630 II S. 347. 348, Böcking §. 119 §§. d. e. Dagegen wird von hervorragenden gemeinrechtlichen Schriftstellern die Annahme einer solchen Nullität vertheidigt wie von Savigny IV S. 541. 542, Wächter II S. 666. 667, Windscheid S. 30 fg., Arndt im R. L. Bd VIII S. 113. In der Annahme einer bedingten (s. g. relativen) Nullität liegt sicher nichts Unlogisches oder

in eine absolute und relative muß unzweifelhaft vom Standpunkt des österreichischen Rechts gemacht werden, da es in demselben zahlreiche Fälle gibt, in denen es in die Willkür eines der Betheiligten gestellt ist, das Rechtsgeschäft als nichtig oder als gültig zu behandeln. Diese Fälle lassen sich auf den gemeinsamen Gesichtspunkt zurückführen, daß die Nichtigkeit nur zu Gunsten einer bestimmten Person, in ihrem Interesse eingeführt ist, welche deßhalb allein das Recht hat sich darauf zu berufen[43]. Fälle solcher relativen Nullität sind nach österreichischem Recht: für den Pflegbefohlenen verbindliche Rechtsgeschäfte, welche dieser ohne Einwilligung seines Vormundes schließt (§. 865 a. b. G. B. vgl. Note 40 und oben §. 76 Note 22); Prozesse, welche ein Pflegbefohlener ohne Einwilligung des Vormundes führt (§. 243 a. b. G. B. oben §. 76 Note 33); Ehen, welche unter einem vernichtigenden Privathinderniß (impedimentum dirimens juris privati) geschlossen wurden (§. 94 fg. a. b. G. B.); die Anmerkung der Litigiosität unbeweglicher Sachen in den öffentlichen Büchern[44]; Verträge, bei welchen Zwang, Betrug oder wesentlicher

Widersinniges, da es ja auf dem Rechtsgebiet öfters vorkommt, daß ein Umstand, wenn er wirkt, ipso jure (unmittelbar) wirkt, die Entscheidung der Frage aber, ob er wirken soll, in's Ermessen einer Partei gestellt ist, die Wirkung ist eine unmittelbare, ihr Eintritt aber ein bedingter, vom Willen einer Person abhängiger; vgl. z. B. l. 2 l. 3 l. 4 §. 2 l. 7 D. de lege commiss. (18, 3) l. 9 D. de in diem add. (18, 2) §. 1085 a. b. G. B. (in dieser Weise ist wohl auch die Aufhebung der Obligationen durch Compensation zu erklären; darüber das Nähere im Obl. R.). Zu der ganzen Controverse hat wohl nur der allerdings unpassende aber herkömmliche Ausdruck „relative" Nullität Veranlassung gegeben, da was null und nichtig ist, es überhaupt (absolut) oder gar nicht ist: „relative Nullität" ist in der That ein falscher Begriff; aber mit jenem Ausdruck will man nur die Fälle bezeichnen, in denen es noch ungewiß, von Umständen abhängig, also insofern „relativ" ist, ob Nullität vorhanden sei oder nicht: es gibt nicht eine „relative Nullität", aber es gibt Fälle, in denen die Nullität nicht unbedingt, sondern nur bedingt (insofern „relativ") eintritt. Ob und welche Fälle so beschaffen seien, das läßt sich nicht a priori bestimmen (vgl. jedoch folg. Note): non ex regula jus, sed ex jure regula: der passende Ausdruck für diese Fälle ist wohl schwebende Nichtigkeit.

43) Man drückte dieß früher gewöhnlich dahin aus, relative Nullität trete dann ein, wenn das die Nichtigkeit verfügende Gesetz primario spectat utilitatem privatam et secundario publicam, während im entgegengesetzen Fall absolute Nullität eintrete.

44) In diesem Fall ist die Veräußerung bloß zu Gunsten des siegenden Klägers nichtig, so daß auf seinen Antrag die mittlerweile stattgefundenen Eintragungen wieder gelöscht werden müssen; Hoffanzleidecret 8. April 1846 (Michel II Nr. 1447), das Nähere weiter unten.

Irrthum unterlief (vgl. oben §§. 80. 81. 89); Testamente im Falle, daß der einzige Notherbe aus Irrthum über dessen Existenz mit Stillschweigen übergangen wurde[45], oder dem kinderlosen Erblasser nach Errichtung des Testamentes ein Notherbe geboren wird (§. 778 a. b. G. B.).

Will in den Fällen der relativen Nullität die hierzu berechtigte Person den Nichtigkeitsgrund nicht geltend machen, will sie vielmehr das fragliche Geschäft als gültig behandeln[46], oder verliert sie das ihr zustehende Recht, das Geschäft als nichtig anzugreifen[47], oder fällt die Person, zu deren Gunsten die Nichtigkeit eingeführt ist, hinweg, ohne daß das ihr zustehende Recht auf ihren Erben übergeht[48], so ist das relativ nichtige Geschäft für alle Parteien nach allen Seiten hin so zu behandeln, als wäre es ursprünglich gültig abgeschlossen worden[48a]. Hat sich dagegen die hierzu berechtigte Person einmal auf die Nichtigkeit berufen, und sie geltend gemacht, so erscheint das Geschäft auch in Ansehung aller übrigen Parteien als nichtig (Nr. III). Zur Geltendmachung dieses Rechts bedarf die betreffende Person regelmäßig keiner besonderen Klage[49]; in manchen Fällen

45) Nach röm. Recht ist dieß ein Fall der Rescissibilität eines Testaments mittelst der querela inofficiosi testamenti und bleiben in diesem Fall ausnahmsweise die Legate zu Recht bestehen l. 27 §. 4 l. 28 l. 92 D. de inoff. test. (5, 2) vgl. Vangerow II §. 479 Anm. 2, während nach österr. Recht das Testament relativ nichtig ist und die Legate regelmäßig hinwegfallen §. 778 a. b. G. B.

46) Z. B. der Vormund ratihabirt das Kaufgeschäft, welches der Pflegebefohlene geschlossen hat; der Vater oder Vormund gibt nachträglich seine Einwilligung zur Ehe; die gezwungene, betrogene oder irrende Partei will den Vertrag gelten lassen (was aber freilich im Fall des wesentlichen Irrthums zu einer starken Anomalie führt).

47) Einen Fall dieser Art enthält §. 96 a. b. G. B.; insbesondere gehören die Fälle der Verjährung der anzustellenden Nichtigkeitsklage hierher §. 1487 a. b. G. B.

48) So in dem Fall, wenn die Ehe ohne Einwilligung des Vaters geschlossen wurde; das Recht der Ehe als nichtig anzugreifen geht auf die Erben des Vaters nicht über, die bereits angestellte Klage aber können sie fortsetzen. Ferner gehört der Fall hierher, wenn der präterirte Notherbe vor dem Erblasser verstorben ist §. 778 a. b. G. B. (nach röm. Recht fand im Fall des frühern Todes des postumus suus eine bonorum possessio secundum tabulas statt l. 12 pr. D. de inj. test. 28, 3, Vangerow II §. 473 Anm. Ziff. 2).

48a) Insofern nennt man die relative Nullität auch eine heilbare (Wächter Note 43), welcher Ausdruck aber freilich gleichfalls unpassend ist (Note 42).

49) So z. B. kann jener der gezwungen tradirt hat, ohne weiteres mit der Eigenthumsklage auftreten; ebenso kann der Mündel resp. sein Vormund sofort

jedoch findet nach österreichischem Recht zu diesem Behufe eine eigene Nichtigkeitsklage (Nullitätsquerel) statt, so in dem Fall, wenn eine Ehe unter einem vernichtigenden Privathinderniß geschlossen wurde (§. 94 fg. a. b. G. B. vgl. Note 37), wenn bei einem Vertrage Zwang, Betrug oder Irrthum unterlief (§. 877 a. b. G. B. vgl. oben §. 80 Note 17) und wenn ein Testament nach §. 778 a. b. G. B. relativ nichtig ist[50].

VI. Der Nichtigkeitsgrund kann sich in manchen Fällen zunächst und unmittelbar nur auf einen Theil des Rechtsgeschäfts erstrecken. Wenn nun dieser Theil, auf den sich der Nichtigkeitsgrund bezieht, die Voraussetzung und die Grundlage (caput et fundamentum) des ganzen Geschäftes ausmacht, oder mit den andern Theilen nach der Natur des Geschäftes oder zufolge der Absicht der Parteien in einem wesentlichen untrennbaren Zusammenhang steht, so ist das ganze Geschäft nichtig (gänzliche, totale Nichtigkeit)[51]. Ist z. B. der Hauptvertrag nichtig, so sind es auch die Nebenverträge[52], ist die Erbeinsetzung in einem Testamente ungültig, so ist in der Regel auch der übrige Inhalt desselben ungültig[53]. Bilden aber die vom Nichtigkeitsgrund unmittelbar ergriffenen Theile des Geschäfts nicht das Wesen und die Grundlage desselben und liegt es auch weder in der Natur des Geschäfts noch in der Absicht der Parteien[54], daß

---

mit der Eigenthumsklage auftreten, wenn eine Sache ohne die erforderliche Bewilligung der Vormundschaftsbehörde veräußert wurde u. s. f.

50) Der §. 1487 a. b. G. B. (vorb. „das Recht eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen") ist sowohl auf die Fälle absoluter als auf die relativer Nullität einer letztwilligen Verfügung zu beziehen; das Nähere im Erbrecht.

51) l. 178 D. de R. J. Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habent. l. 129 §. 1 eod.

52) l. 70 §. 4 D. cit. (Note 25a) vgl. auch Bd I §. 66 Nr. III.

53) Anwendungen dieser Regel enthalten §§. 713. 778 a. b. G. B.; eine nur scheinbare Ausnahme von dieser Regel bildet nach österr. Recht der Fall des testamentum destitutum, in welchem nach §. 726 a. b. G. B. die an die Stelle der eingesetzten Erben eintretenden gesetzlichen Erben den übrigen Inhalt des Testaments zur Ausführung bringen, also insbesondere die Legate entrichten müssen (anders nach röm. Recht vgl. Vangerow II §. 459; dagegen bildet nach röm. Recht der in Note 45 angeführte Fall und die Verletzung des Notherbenrechts nach Nov. 115 [vgl. Arndts §. 600] eine Ausnahme).

54) Die Frage, ob es in der Absicht der Parteien liege, daß das Geschäft nur ganz oder gar nicht bestehen solle, ist eine quaestio facti; so kann unter Umständen die Nichtigkeit des Nebenvertrags Ungültigkeit des ganzen Geschäfts

dasselbe nur ganz oder gar nicht bestehen solle, so bleibt der vom Nichtigkeitsgrunde nicht getroffene Theil für sich bestehen[54a] (theilweise, partielle Nichtigkeit). Für diesen Fall gilt die — in ihrer Allgemeinheit zu weit gehende — Regel des canonischen Rechtes (c. 37 de R. J. in VI): Utile per inutile non vitiatur (cf. l. 1 §. 5 D. de V. O. 45, 1). So z. B. ist der Zinsenvertrag nur insoweit ungültig, als er das gesetzliche Maß überschreitet[55], die Schenkung nur insoweit ungültig, als sie über die gesetzlichen Grenzen hinausgeht[56], so steht die Ungültigkeit des Nebenvertrages der Gültigkeit des Hauptvertrages nicht im Wege[57] u. s. f.

VII. Ein absolut nichtiges Geschäft kann weder durch Verzicht auf die Nichtigkeit, noch dadurch, daß der die Nichtigkeit bewirkende Grund später hinwegfällt, noch sonstwie durch neu eintretende Umstände nach rückwärts gültig werden (convalesciren)[58]. Was zunächst den Verzicht auf das Benützen der Nichtigkeit betrifft, so kann dadurch das ipso jure nicht vorhandene Geschäft nicht zur Existenz gebracht werden, da ein bloßer Verzicht Nichtiges nicht in's Dasein rufen kann (vgl. oben §. 73 zu Note 8); durch einen solchen Verzicht kann höchstens bewirkt werden, daß das Geschäft in factischer Beziehung Wirksamkeit haben kann[59], indem derjenige, dessen

---

herbeiführen, wenn es feststeht, daß die Parteien den Hauptvertrag ohne den Nebenvertrag gar nicht eingegangen wären; vgl. auch §. 882 a. b. G. B.

54a) Daraus ergibt sich auch von selbst, daß Überflüssiges an sich der Gültigkeit nicht schade (superflua non nocent) l. 94 D. de R. J. l. 65 pr. D. de V. O. Paull. S. R. III 4a §. 10.

55) §. 996 a. b. G. B. cf. l. 20 l. 29 D. de usur. (22, 1).

56) §. 944 a. b. G. B.; ebenso ist nach röm. Recht die nicht insinuirte Schenkung nur insoweit ungültig, als sie den gesetzlichen Betrag überschreitet l. 34 pr. l. 35 §. 3 i. f. C. de donat. (8, 54); ebenso ist ein negotium mixtum cum donatione nur insoweit nichtig als die donatio ungültig ist, l. 5 §. 5 D. de donat. int. viv. (24, 1).

57) So z. B. ist nur der Nebenvertrag ne dolus sc. futurus praestetur ungültig, während der Hauptvertrag z. B. das Commodat oder Depositum zurecht besteht l. 17 pr. D. comm. (13, 6) l. 1 §. 7 D. depos. (16, 3) l. 27 §. 3 D. de pact. (2, 14). — Andere Fälle, in welchen die Regel utile per inutile non vitiatur zur Anwendung kommt, s. in l. 110 pr. D. de V. O. l. 11 §. 1 l. 12 l. 13 D. de pec. const. (13, 5) l. 42 C. de transact. (2, 4).

58) Diese Regel spricht l. 29 D. de R. J. aus: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Dieselbe Regel spricht das bürgerl. Gesetzb. im Erbrecht aus §. 576 cf. l. 201 l. 210 D. de R. J. l. 1 pr. D. de reg. Caton. (34, 7).

59) Z. B. der in einem nichtigen Testament eingesetzte Erbe hat die Erbschaft

Recht das nichtige Geschäft scheinbar entgegensteht, dasselbe nicht geltend macht[60]. Ebensowenig wird ferner ein nichtiges Rechtsgeschäft durch eine solche Änderung der Umstände, daß das nunmehr unternommene Geschäft vollkommen zu Recht bestünde, nach rückwärts zu einem gültigen[61], da im Allgemeinen die Regel gilt, daß in Ansehung der Frage nach der Natur und dem Bestand eines Rechtsgeschäftes auf die Zeit der Errichtung desselben zu sehen ist[62]. Von dieser Regel, daß das absolut nichtige Rechtsgeschäft durch nachträgliche Ereignisse nicht convalescire, gibt es Ausnahmen[63], indem in manchen Fällen das von Anfang an nichtige Geschäft später dergestalt zu Kräften kommt, daß es so angesehen wird, als wäre es gleich anfangs gültig eingegangen worden: im Begriff und Wesen der Convalescenz (Convalidation) eines Rechtsgeschäfts liegt es nemlich, daß das nichtige Geschäft rückwärts vom Anfang an gültig wird[64]. Diese Ausnahmen sind rein positiver Natur, den

---

angetreten und der Intestaterbe macht sein Erbrecht nicht geltend, stellt die hereditatis petitio nicht an, oder der Eigenthümer der nichtig veräußerten Sache stellt die rei vindicatio nicht an.

60) Ebensowenig kann durch Anerkennung das nichtige Rechtsgeschäft zu einem zurecht bestehenden werden; es convalescirt daher z. B. ein nichtiges Testament durch Anerkennung desselben von Seiten des Intestaterben nicht vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück Bd XXXVIII S. 134 fg., Vangerow II §. 457, Bähr Die Anerkennung §. 51 (das Nähere im Erbrecht).

61) Ein Vertrag z. B., den ein Wahnsinniger geschlossen hat, wird nicht dadurch zu einem gültigen, daß der Wahnsinnige den Verstandesgebrauch wieder erhält, ein Testament nicht dadurch gültig, daß der Erblasser später die Testirfähigkeit oder der Zeuge später die Zeugenfähigkeit erlangt u. s. f.

62) l. 8 pr D. mand. (17, 1) — uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam. l. 12 D. de Sc. Maced. (14, 6) l. 58 §. 2 D. pro soc. (17, 2) l. 1 §§. 13. 30 D. depos. (16, 3).

63) Über Fälle aus dem röm. Recht, in denen man häufig aber mit Unrecht Ausnahmen von der Regel sehen will (wie l. 4 l. 27 l. 65 §. 1 D. de R. N. 23, 2 l. 6 C. de nupt. 5, 4 pr. I. de nupt. 1, 10 l. 1 §§. 1. 5 D. de leg. III) vgl. Savigny IV S. 556—558. (Wahre Convalescenzfälle nach röm. Recht s. im folgenden § Note 7.)

64) Ganz verschieden von der Convalescenz eines Rechtsgeschäfts ist somit der (häufig z. B. von Seuffert I §. 84 damit verwechselte) Fall, wenn man das nichtige Rechtsgeschäft von Neuem gültig errichtet: in diesem Fall wird nemlich nicht das ursprünglich nichtige Geschäft gültig, sondern es ist ein ganz neues Geschäft vorhanden, dessen Wirkungen auch erst von diesem Zeitpunkt datiren, daher man in einem solchen Fall auch gar nicht von einer Convalidation sprechen sollte, wie man dieß mit Unrecht gewöhnlich (besonders in Ansehung der Ehe) thut. — Verschieden von der Convalescenz eines ursprünglich nichtigen Geschäfts ist das

einzelnen Rechtsverhältnissen, bei denen sie stattfinden, eigenthümlich und lassen sich nicht auf ein allgemeines Princip zurückführen[65]. Insbesondere sind weder spätere Genehmigung des nichtigen Geschäftes[66] (vgl. folgenden § Nr. 1), noch Zahlung aus dem nichtigen Geschäft[67] allgemeine Gründe der Convalescenz nichtiger Geschäfte,

---

Wiederaufleben eines gültig errichteten später aber wieder aufgehobenen Geschäfts (Reconvalidation, Reconvalescenz); so z. B. kommt ein früheres schriftliches Testament wieder zu Kräften (reconvalidirt), wenn das spätere vernichtet wurde §. 723 a. b. G. B. (nach röm. Recht findet in diesem Fall B. P. secundum tabulas statt, l. 11 §. 2 D. de B. P. sec. tab. 37, 11, Vangerow II §. 460 S. 242 Ziff. 2); ebenso reconvalidirt ein durch Nachgeburt eines Notherben rumpirtes Testament, wenn der Posthumus vor dem Erblasser stirbt §. 778 a. b. G. B. (nach röm. Recht fand in einem solchen Fall eine wirksame [cum re] B. P. secundum tabulas statt, l. 12 pr. D. de inj. test. 28, 3, Vangerow II §. 473).

65) Eine solche Ausnahme bildet nach österr. Recht die Bestimmung des §. 88 a. b. G. B. (s. g. Convalidation der Ehe; die nichtige Ehe wird, wenn von dem betreffenden Hinderniß dispensirt wird, als von Anfang an gültig behandelt, was besonders in Ansehung der Ehelichkeit der Kinder wichtig ist; anders nach canon. Recht vgl. Schulte Eher. §§. 40. 41). Man pflegt es gewöhnlich (vgl. z. B. Savigny IV S. 559, Sintenis I S. 222) als einen Fall wahrer Convalescenz anzusehen, wenn der Nichteigenthümer einer Sache dieselbe veräußert und später das Eigenthum derselben erwirbt; allein wohl mit Unrecht. Vor Allem ist ja das Veräußerungsgeschäft gar nicht nichtig, es hat nur nicht die beabsichtigte Wirkung, weil der Tradent nicht Eigenthum hatte, daher der Empfänger der Sache der Evincirung derselben von Seiten des Eigenthümers ausgesetzt ist. Erwirbt nun später der Tradent das Eigenthum, so ist seine Vindicationsklage gegen den Empfänger der Sache an sich begründet, so wird aber durch eine exceptio doli (exceptio rei venditae et traditae) unwirksam gemacht (l. 1 pr. l. 2 D. de exc. rei vend. 21, 3 §. 366 a. b. G. B. vgl. Vangerow I S. 749 lit. a): wenn man also in diesem Fall von einer Convalescenz der Veräußerung (nicht des Veräußerungsgeschäfts) spricht, so hat dieß keinen andern Sinn, als daß der Erwerber der Sache nachträglich in die Lage kommt, als hätte er durch die Tradition wirklich Eigenthum erworben, da er nunmehr gegen jede Eviction geschützt ist (l. 17 D. de evict. 21, 2 l. 72 D. de R. V. l. 4 §. 32 D. de exc. dol. mal. 44, 4), und der frühere Tradent und jetzige Eigenthümer praktisch als Nichteigenthümer erscheint, weil der Erwerber durch Einrede und Klage (actio Publicana) geschützt die Oberhand behält (dieß wollen die Schlußworte der l. 4 §. 32 cit. sagen: ac per hoc intelligeret, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet, eine Stelle, die m. E. von Savigny §. 203 Note cc mißverstanden wird).

66) Ratihabirt man das nichtige Geschäft (z. B. der Wahnsinnige genehmigt im lichten Zustand das im Wahnsinn geschlossene Geschäft), so ist dieß neue Schließung des Geschäfts, welches erst von diesem Augenblick (nicht von damals an) datirt; von einer Retrotraction der (im uneigentlichen Sinn vgl. unten §. 92 hier stattfindenden) Ratihabition, von einem nach rückwärts Gültigwerden (Convalesciren) des nichtigen Geschäfts kann in einem solchen Fall keine Rede sein; vgl. Puchta Vorles. I S. 115.

67) Vgl. hierüber die tüchtigen Ausführungen von Wächter S. 664. 665.

wofür man sie öfters mit Unrecht gehalten hat[68]. — Ganz anders verhält sich die Sache bei den relativ nichtigen Geschäften. Bei diesen ist die Nichtigkeit zu Gunsten einer bestimmten Person eingeführt und kann nur mit dem Willen dieser Person eintreten: fällt nun diese Person, von deren Willen die Nichtigkeit des Geschäfts abhängt, hinweg, macht sie von ihrem Recht keinen Gebrauch, verzichtet sie darauf, oder ratihabirt sie das Geschäft (vgl. folgenden § Nr. 2), so ist das von Anfang an bedingt nichtige Geschäft so anzusehen, als wäre es von Anfang an unbedingt gültig eingegangen worden[68a].

VIII. Es kann sich ereignen, daß dasjenige Rechtsgeschäft, welches man zunächst zu errichten beabsichtigte, nichtig ist, daß aber das vorgenommene Geschäft alle objectiven Erfordernisse eines andern Geschäftes in sich trägt und als letzteres an sich wohl bestehen könnte[69]. In manchen Fällen nun wird das vorgenommene Geschäft in der That als das letztere behandelt und aufrecht erhalten; man

68) Vgl. auch folg. § Note 7. Nichtige Rechtsgeschäfte werden durch bloße Bestätigung derselben von Seiten des Richters oder Monarchen nicht gültig (l. 19 C. de testam. 6, 23 c. 7 X de confirm. util. 2, 30); insofern der Monarch jedoch Privilegien zu ertheilen und darin Ausnahmen vom gemeinen Recht für einzelne Fälle und Personen zu machen befugt ist (und hierzu ist der Monarch nach österr. Verfassungsrecht unbeschränkt berechtigt, Bd I §. 8 Note 16), kann er auch nichtige Rechtsgeschäfte durch eine nach rückwärts wirkende Dispens vom fraglichen Gesetz zu gültigen machen, somit die Nichtigkeit heilen (cf. l. 38 D. de adopt. 1, 7; hierauf beruht ja auch die s. g. dispensatio in radice matrimonii vgl. Schulte Eher. §. 47). Es muß jedoch diese Absicht des Monarchen für den fraglichen Fall eine Ausnahme zu machen besonders erklärt sein, und kann aus der bloßen Bestätigung des nichtigen Geschäfts darauf nicht geschlossen werden; vgl. Seuffert I §. 84.

68a) Von einer Convalescenz kann man jedoch in diesem Fall nicht reden (wie dieß z. B. Wächter §. 86 Nr. 6 thut), da nicht das bisher nichtige Rechtsgeschäft nunmehr nach rückwärts gültig wird, sondern die Bedingung, unter der allein Nichtigkeit vorhanden ist, sich als deficirt erweist, mithin das Geschäft von Anfang an gültig ist.

69) Der Fall ist somit folgender: das ursprünglich beabsichtigte Rechtsgeschäft A ist wegen eines Mangels nichtig; es sind aber objectiv alle Erfordernisse eines andern als des ursprünglich beabsichtigten Rechtsgeschäfts, nemlich des Rechtsgeschäfts B vorhanden. Dieser Fall ist daher wesentlich verschieden von dem Fall theilweiser Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts (Text Nr. VI), womit er öfters verwechselt wird (z. B. von Thibaut System §. 79 a. E., Puchta Pandekt. §. 67 bei Note f, Vorles. I S. 153, vgl. dagegen Wächter §. 86 Note 57), da in letzterem Fall das ursprünglich beabsichtigte Geschäft selbst, aber nur zum Theil gilt, somit nur von einer Beschränkung nicht von einer Umwand-

spricht dann gewöhnlich[70] von einer Conversion des Rechtsgeschäfts (s. g. conversio actus juridici), als der Verwandlung des ursprünglich beabsichtigten aber nichtigen Geschäfts in das anderweitige gültige Geschäft[71]. Diese Verwandlung kann selbstverständlich nur dann stattfinden, wenn sie dem Willen der Parteien gemäß ist, wenn also mit Sicherheit angenommen werden kann, daß der Wille der Parteien eventuell (in subsidium) auf das anderweitige Rechtsgeschäft gerichtet war. Diese Richtung des Willens auf das anderweitige Geschäft ist in der Regel[72] dann anzunehmen, wenn durch dieses letztere Rechtsgeschäft dieselben juristischen Wirkungen hervorgebracht werden, wie durch das ursprünglich beabsichtigte[73]. In jenen Fällen dagegen, wo sich dieß nicht so verhält, bedarf es einer besondern ausdrücklichen Erklärung der Parteien, um annehmen zu können, daß ihr Wille darauf gerichtet gewesen sei, eventuell dieses zweite andere rechtliche Wirkungen hervorbringende Geschäft zu errichten[74].

---

lung die Rede sein kann, so wie von dem Fall der falschen Benennung eines Rechtsgeschäfts, da hier das nur falsch benannte Geschäft seinem Inhalt nach vollkommen gültig ist vgl. oben §. 89 Note 31.

70) Aber freilich nicht passend, da das Nichtexistirende auch nicht in etwas anderes verwandelt werden kann.

71) Vgl. Römer Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besondern Anwendung auf das Wechselversprechen Archiv Bd XXXVI Nr. IV, Unger Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere S. 90 fg.

72) Eine wichtige (von Römer übersehene) Ausnahme von dieser Regel findet auf Grundlage von l. 1 §. 2 D. de V. O. statt, vgl. Unger S. 92. 93.

73) Über dieses Princip vgl. Römer S. 69 fg. Daraus erklären sich Stellen wie l. 5 pr. D. de resc. vend. (18, 5) l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. (46, 4) l. 3 D. de test. mil. (29, 1) vgl. Römer §. 3. Ein wichtiger Fall der Conversion ist die Aufrechthaltung eines ungültigen Erbvertrags als Testament (vgl. Beseler Erbvertrag II §. 14): eine Anwendung hiervon findet sich in §. 1250 a. b. G. B.

74) Daraus erklären sich Stellen wie l. 1 §. 4 D. de pec. const. (13, 5) l. 1 §. 2 D. de V. O. l. 9 D. de spons. (23, 1); deßhalb bedurfte es einer ausdrücklichen Erklärung (s. g. Codicillarclausel), daß das ungültige Testament als Codicill aufrecht erhalten werde (l. 1 D. de codic. 29, 7 l. 13 §. 1 eod. l. 41 §. 3 D. de vulg. subst. 28, 6 l. 29 §. 1 D. qui testam. fac. 28, 1 l. 88 §. 17 D. de leg. II l. 8 C. de codic. 6, 36 l. 11 C. de testam. manum. 7, 2), da eben das Testament und der Codicill ihrem Inhalt und Effect nach verschiedene Rechtsgeschäfte sind (ersteres ist auf Universal-, letzteres auf Singularsuccession gerichtet) vgl. Böcking §. 119 Note 36.

B. **Anfechtbarkeit** (Rescissibilität). Ein Rechtsgeschäft ist anfechtbar (*rescissibel*[75]), wenn es an sich zwar zu Recht besteht, also ipso jure gültig ist, einer Partei aber vermöge eines besondern Umstands das Recht zusteht, dasselbe als ungültig anzugreifen und dessen Bestand aufzuheben, somit das Geschäft umzustoßen[76]. Die Gründe der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes sind gar mannigfaltig[77] und lassen sich nicht auf ein gemeinsames Princip zurückführen. Sie können gleich bei dem Eingehen des Geschäfts vorhanden sein, oder erst später hinzutreten: hierauf beruht die Eintheilung der Anfechtbarkeit in eine *ursprüngliche* und *nachfolgende*[77a], je nachdem nemlich die Anfechtbarkeit durch einen schon

---

75) Der Ausdruck rescindere wird aber in den Quellen auch gebraucht, um die nachfolgende Nichtigkeit zu bezeichnen vgl. Savigny §. 202 Note e.

76) Beispiele solcher Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts sind nach österr. Recht die Anfechtbarkeit eines entgeltlichen Vertrags wegen Verletzung über die Hälfte (§§. 934. 935 a. b. G. B.) oder wegen physischer Mängel des Vertragsgegenstands (§. 932 a. b. G. B. actio redhibitoria), einer Obligatio, die man in der irrigen Meinung dazu verpflichtet zu sein einging (condictio indebite promissi), einer an sich gültigen Zahlung, weil man sie aus Irrthum (condictio indebiti §. 1431 fg. a. b. G. B.) oder ob turpem oder injustam causam oder sine causa gemacht hat (condictio sine causa §. 1435 a. b. G. B. condictio ob turpem causam §. 1174 a. b. G. B.), einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder aus andern Gründen (§. 947 fg. a. b. G. B. Dagegen ist der z. B. von Wächter §. 86 Note 2 hierhergezogene Fall der Aufhebung einer Ehe durch Scheidung oder Trennung [vgl. Marginalrubrik zu §. 103 fg. a. b. G. B. und oben Note 37] ebensowenig ein Fall der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts, als etwa der Fall des §. 1117 fg. oder des §. 1211 a. b. G. B., da in allen diesen Fällen nicht das *Rechtsgeschäft* als ungültig angegriffen und aufgehoben, sondern das aus demselben entspringende *Rechtsverhältniß* für die Zukunft aufgehoben wird). Nach gemeinem Recht gehören hierher die Fälle der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Zwangs und Betrugs (nach österr. Recht sind dieß Fälle relativer Nullität), eines Testaments mit einer querela inofficiosi testamenti und im Fall der Verletzung der Vorschriften der Nov. 115 u. s. f.

77) Über die Gründe der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts im Allgemeinen vgl. Puchta Vorlesf. I S. 151.

77a) Aber auch hier muß man die Fälle der Aufhebung des *Rechtsgeschäfts* von den Fällen der Aufhebung des aus demselben entspringenden *Rechts* (des Rechts an sich oder des Klagrechts) wohl unterscheiden, was häufig (z. B. selbst von Savigny S. 537. 543) nicht gehörig geschieht. Deßhalb gehört z. B. die Aufhebung eines Forderungsrechts oder der aus demselben entspringenden Klage mittelst einer exceptio (z. B. der Einrede der Verjährung oder des Sc. Maced.) nicht hierher, da in diesen Fällen das Rechtsgeschäft an sich unangreifbar ist. Ebensowenig gehören aber alle Fälle hierher, in denen der frühere Zustand wiederhergestellt wird (wie Savigny §. 202 Note c annimmt); denn

beim Abschluß des Geschäftes vorhandenen, oder durch einen erst später eintretenden Umstand begründet wird. Als ein solcher später eintretender allgemeiner Anfechtungsgrund darf jedoch die Änderung der Umstände, unter denen das Geschäft geschlossen wurde, nicht angesehen werden[78], vielmehr bleibt, zufolge der Regel daß Rechtsgeschäfte in Ansehung ihrer Natur und ihres Bestandes nach der Zeit ihrer Eingehung zu beurtheilen sind (Note 62), das Geschäft unanfechtbar, sollten auch später Umstände eintreten, unter denen man das Geschäft nicht geschlossen hätte. Die s. g. clausula rebus sic stantibus versteht sich somit bei Rechtsgeschäften keineswegs von selbst. Die Änderung der Umstände gibt einer Partei nur dann das Recht vom Geschäft abzugehen und dasselbe aufzurufen, wenn ihr dasselbe vertragsmäßig oder ausnahmsweise durch besondere positive Vorschrift eingeräumt ist, wie dieß in §. 936 a. b. G. B. in Ansehung des pactum de contrahendo in sehr zweckmäßiger Weise[79] geschehen ist.

Aus dem Begriff der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes ergeben sich von selbst die Unterschiede des anfechtbaren Geschäftes vom nichtigen und die Wirkungen der Anfechtbarkeit:

1) Während das nichtige Geschäft an sich (ipso jure) ungültig, juristisch gar nicht vorhanden ist, ist das anfechtbare Geschäft an sich (ipso jure) gültig und besteht vor der Hand vollkommen zu Recht.

2) Aus diesem Grunde kann die aus dem anfechtbaren Rechts-

---

allerdings ist die Herstellung des frühern Zustands Folge der Anfechtung und Aufhebung des Geschäfts (Text Nr. 5), nicht aber findet überall Anfechtung und Aufhebung des Geschäfts statt, wo der frühere Zustand hergestellt wird, wie z. B. im Fall des pactum de retrovendendo (l. 2 C. 4, 54 §. 1068 a. b. G. B.), indem das alte Geschäft bestehen bleibt und nur ein neues Geschäft mit entgegengesetztem Inhalt eingegangen wird, um die Wirkungen, welche das frühere Geschäft hervorgebracht hat, wieder zu beseitigen (cf. l. 58 i. f. D. de pact. 2, 14).

78) Der entgegengesetzte Grundsatz, den man früher häufig aufgestellt hat, würde alle Sicherheit des Verkehrs aufheben; die Stellen des röm. Rechts, auf die man sich zur Begründung jener verkehrten Ansicht öfters berufen hat, wie l. 38 pr. l. 95. 96 D. de solut. (46, 3) l. 56 §. 2 D. de V. O. sagen dieß durchaus nicht, sondern sind lediglich vom solutionis causa adjectus zu verstehen (vgl. Puchta Vorles. I S. 154 Note 2, Arndts §. 264 Anm. 1). In neuerer Zeit wurde jene unrichtige Ansicht insbesondere auf die Ausführungen von Weber Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90 (5. Ausg. S. 345 fg.) hin allgemein aufgegeben; vgl. Zeiller III S. 107.

79) Vgl. Gerber System §. 163 Note 2.

geschäft entspringende Verbindlichkeit durch Bürgschaft oder Pfandbestellung in wirksamer Weise gesichert werden[80].

3) Das anfechtbare Geschäft kann von der hierzu berechtigten Person angegriffen und aufgehoben werden. Diese Aufhebung kann in manchen Fällen außergerichtlich durch eine Erklärung an den Gegner bewirkt werden[81]; in den meisten Fällen aber geschieht die Aufhebung des Rechtsgeschäfts durch richterliches Urtheil in Folge eines von der Partei angewendeten Rechtsmittels (Klage, Einrede, Replik u. s. f.).

4) Das anfechtbare Geschäft kann bloß von der dazu berechtigten Person, d. h. von demjenigen (und dessen Rechtsnachfolgern), welcher aus dem Anfechtungsgrund das Recht dazu erworben hat, angegriffen werden. Will er von diesem Recht keinen Gebrauch machen, so kann sich der andere Theil nicht auf die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts berufen[82], sondern das Geschäft bleibt gültig.

5) Wird das Geschäft aufgehoben, so wirkt diese Aufhebung ex nunc d. h. das Geschäft wird für die Folgezeit aufgehoben, zugleich aber Alles in den vorigen Stand zurückversetzt[83], soweit dieß noch möglich ist. Für die Vergangenheit nemlich behält das Geschäft seine Wir-

80) arg. §. 1351 a. b. G. B. Es erstreckt sich die Anfechtbarkeit jedoch in der Regel auch auf Bürgschaft und Pfandrecht (l. 7 §. 1 l. 19 D. de except. 44, 1 l. 32 D. de fidej. 46, 1 §. 40 I. de repl. 4, 14 l. 11 C. de except. 8, 36), es müßte denn gerade in der Absicht, den Gläubiger gegen die Anfechtung zu sichern, intercedirt worden sein (cf. l. 13 pr. D. de minor. 4, 4).

81) So z. B. in dem Fall, wenn einer Partei durch positive Vorschrift (z. B. §. 936 a. b. G. B.) oder vertragsmäßig das Recht eingeräumt ist, das Geschäft aufzurufen, von demselben abzugehen (z. B. §. 909 a. b. G. B. l. 6 D. de resc. vend. 18, 5).

82) Es wäre dieß eine unzuläßige exceptio ex jure tertii; vgl. §. 934 a. b. G. B.

83) Es muß daher jeder Theil zurückstellen, was er erhalten hat; vgl. 934 a. b. G. B. l. 6 D. de resc. vend. (18, 5) l. 10 C. eod. tit. (4, 44) l. 23 §§. 1. 7 I. 60 D. de aedilit. edict. (21, 1). — Diese Fälle der mittelbaren Wiederherstellung des vorigen Zustands müssen von der unmittelbaren Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (der eigentlichen in integrum restitutio) wohl unterschieden werden (vgl. Savigny System VII S. 99, Puchta Pandekt. und Vorl. §. 100, Wächter §. 123; das Nähere unten); mit Unrecht zählen die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller (z. B. Savigny IV S. 537. 543, Puchta Vorlesungen I S. 151, Arndts §. 79) die Fälle der eigentlichen in integrum restitutio zu den Fällen der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts.

kungen; Rechte, welche dritte Personen mittlerweile an dem nunmehr zurückzustellenden Gegenstande etwa erworben haben, werden dadurch nicht aufgehoben, sondern bleiben aufrecht bestehen[84].

6) Das anfechtbare Geschäft kann unanfechtbar werden, indem das Recht der betreffenden Partei, das Geschäft anzugreifen, hinwegfällt. Dieß ist insbesondere der Fall, wenn der Berechtigte das fragliche Geschäft auf eine an sich gültige Weise, ausdrücklich oder stillschweigend, gutheißt[85], oder auf die Anfechtbarkeit desselben gültig verzichtet[86], oder die Anfechtungsklage verjähren läßt[87]. In solchen Fällen wird das Geschäft nicht erst gültig, da es ja schon von Anfang an nicht ungültig war, sondern es bleibt gültig, weil die Möglichkeit es umzustoßen hinweggefallen ist[88].

VI. Nachträgliche Genehmigung (Ratihabition) eines Rechtsgeschäfts[1].

§. 92. Es kommt häufig vor, daß zu einem bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäft[2] nachträgliche Zustimmung er-

84) Vgl. z. B. l. 43 §. 8 D. de aedil. edict. (21, 1) l. 4 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6).

85) Z. B. der Schuldner, der mit seinem Anfechtungsrecht bekannt ist, bezahlt dennoch (l. 24 l. 26 §. 3 D. de cond. indeb. 12, 6) oder bestellt ein Pfand für die anfechtbare Schuld; vgl. folgend. § Nr. 3.

86) Vgl. z. B. §. 935 a. b. G. B. und unten §. 94 Note 49.

87) Die Klage, mit welcher man das Geschäft anfechten kann, und die bald die Klage aus dem Geschäft, bald eine besondere Klage ist, ist in der Regel der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung der Klagen unterworfen, dafern ihr nicht ausnahmsweise eine kürzere Verjährungszeit gesetzt ist, wie z. B. in den Fällen des §. 934 in Verbindung mit §. 1487, des §. 933 a. b. G. B.

88) Man kann daher auch in diesem Fall nicht von einem Convalesciren d. h. einem Gültigwerden des (an sich gültigen) Geschäfts sprechen (wie dieß z. B. Puchta Vorles. I S. 154 thut); vgl. Savigny S. 559. 560, Wächter §. 86 Note 13.

1) Hufeland Über die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften in seiner Schrift Über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts u. s. w. Bd I (1815) Nr. IV S. 299—327, G. G. Busse Dissert. de ratihabitione (1834. 64 S.).

2) Die Ratihabition bezieht sich nicht bloß auf Rechtsgeschäfte: es können auch andere Geschäfte und Handlungen (z. B. unerlaubte l. 152 §. 2 D. de R. J.

theilt wird, daß ein Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt[3], ratihabirt[4] wird. Die Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts, welches genehmigt wird, die Veranlassung der Genehmigung und die Voraussetzungen, unter denen sie stattfindet, sind mannigfaltig: diese Verschiedenheit bringt auch eine Verschiedenheit der Wirkungen der Genehmigung hervor.

1) Die Parteien erklären ihre nachträgliche Zustimmung zu einem absolut nichtigen Rechtsgeschäft, nachdem die Hindernisse der Gültigkeit desselben hinweggefallen sind[5]. Durch diese nachträgliche Zustimmung kann natürlich das frühere nichtige Rechtsgeschäft nicht zu einem gültigen werden[6] (vgl. vorherg. § zu Note 66): das nichtige Geschäft existirt juristisch gar nicht, dem gar nicht Existirenden aber kann nicht zugestimmt, das nicht Vorhandene kann nicht gutgeheißen werden[7]. Wenn nun die Parteien dennoch ein

---

l. 1 §. 4 D. de vi 43, 16 vgl. Glück X S. 386 fg., Sintenis I §. 18 Note 43) ratihabirt werden (vgl. Fritz Erläut. I S. 203): an diesem Ort ist jedoch bloß von der Genehmigung eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts die Rede.

3) Genehmigen (begnehmigen) bedeutet überhaupt etwas gutheißen, etwas unserem Willen genehm erklären; insofern genehmigt man auch die Proposition eines Geschäfts und es kommt dieses durch Genehmigung (Acceptation) des Antrags (Offerts) zu Stande: hier ist bloß von dem Gutheißen eines bereits geschlossenen Rechtsgeschäfts die Rede — Über andere Ausdrücke vgl. Note 22.

4) Über die Ableitung und Bedeutung des Worts ratum habere (Dig. Ratam rem haberi et de ratihabitione 46, 8) vgl. Busse cap. I §. 1.

5) Denn bestünden die Hindernisse der gültigen Errichtung des Geschäfts noch fort, so wäre eine noch so oft wiederholte Genehmigung ohne alle juristische Wirkung; vgl. Busse cap. III §. 1; dieß hat man natürlich niemals verkannt; vgl. Weber Natürl. Verb. §. 127, Glück Bd XIII S. 879 Bd XVII S. 5.

6) Auf den Grund der Nichtigkeit kommt es hierbei nicht weiter an: die Genehmigung des von einem Rasenden geschlossenen Vertrags nach wiedererlangter Gesundheit, die Genehmigung des Testaments, das ein zum schweren Kerker Verurtheilter nach der Kundmachung des Urtheils errichtet hat, nach Ablauf der Strafzeit, die Genehmigung eines Kaufgeschäfts über eine res extra commercium, nachdem sie dem Verkehr übergeben wurde u. s. f. bringt das nichtige Geschäft nicht zur Gültigkeit.

7) Hierüber ist man heut zu Tage mit Recht einig (vgl. schon Hufeland S. 322 Nr. 2, Fritz Erläut. I S. 204, Wächter §. 100 Nr. II, Puchta §. 51 Note c Vorles. I S. 115, Vangerow I §. 88 Nr. 3, Arndts §. 78 a. E., Sintenis I S. 158 fg., Böcking I §. 116 §. o fg. u. A.), während die ältere Schule, irregeführt durch den allgemeinen Ausspruch der l. 25 C. de don. inter vir. (5, 16) und l. 7 pr. C. ad Sc. Mac. (4, 28): omnis ratihabitio retrotrahitur, mit willkürlichen Unterscheidungen im Einzelnen, die Ratihabition als einen all=

solches nicht existirendes Geschäft genehmigen zu wollen erklären, so kann ihre Absicht nur die sein, daß ein Rechtsgeschäft jenes Inhalts zwischen ihnen bestehen solle: geschieht nun die Genehmigung in der Art, daß allen Erfordernissen der Errichtung des fraglichen Geschäfts genügt wird[8], so entsteht durch die Genehmigung ein gültiges Geschäft, aber dieß ist nicht das alte Geschäft, sondern ein ganz neues, welches daher erst von diesem Augenblick an datirt und rechtliche Wirkungen hervorbringt[9]. In solchen Fällen ist somit die Genehmigung die Gestalt, in welche die Errichtung eines neuen Geschäfts von gleichem Inhalt eingekleidet wird[10]: es ist also wegen Mangel des Objects in der That gar keine Genehmigung vorhanden, sondern es verbirgt sich hinter diesem Gewand die Schließung eines neuen Geschäfts[11]. — Ebenso verhält es sich in jenen Fällen, wo die Parteien ein bereits aufgehobenes Geschäft wieder gutheißen: auch hierin liegt, dafern nur sonst alle Erfordernisse vorhanden sind, die Errichtung eines neuen Geschäfts[12].

---

gemeinen Convalescenzgrund nichtiger Rechtsgeschäfte ansah, also behauptete, daß im Allgemeinen nichtige Rechtsgeschäfte durch nachträgliche Genehmigung nach rückwärts gültig würden (vgl. z. B. Weber a.a.O. §§. 126. 127, Glück Bd XVII §. 1026, Schweppe I §. 104, Thibaut in älteren Aufl. des Systems §§. 83. 139, 8. Aufl. §§. 79. 111). (Von dieser Regel macht auch l. 25 cit. keine Ausnahme, indem die ungültige Schenkung zwischen Ehegatten und des Vaters an die Kinder in seiner Gewalt durch den Tod ohne Revocation, also auch durch die ausdrückliche Bestätigung im Testament convalescirt, wenn sie nicht etwa noch aus andern Gründen nichtig ist [vgl. Puchta Vorles. I S. 116, Wächter §. 100 Note 5, Böcking §. 116 Note 30 a. E.], und ebensowenig die l. 1 l. 2 C. si maj. fact. 5, 74, da die ungültige Veräußerung des Mündelguts binnen 5 Jahren nach erreichter Volljährigkeit von selbst convalescirt l. 3 eod.)

8) Erfordert die Errichtung des Geschäfts eine bestimmte Form, so muß diese bei der Genehmigung beobachtet werden; so z. B. muß der verurtheilte Verbrecher (Note 6) sein früher gemachtes Testament in Testamentsform bestätigen (vgl. §. 582 a. b. G. B.).

9) l. 4 i. f. D. de off. procons. (1, 14) l. 4 l. 27 l. 65 §. 1 D. de R. N. (23, 2); über diese und andere Stellen, welche lange Zeit mißverstanden wurden, vgl. Savigny IV S. 556 fg. Böcking Note 32.

10) „Die Ratihabition ist in der That (in diesem Fall) neue Schließung des Geschäfts, mit allen Erfordernissen und mit der Wirkung der gegenwärtigen Schließung" Puchta Vorles. I S. 115.

11) Neuere Schriftsteller (wie z. B. Böcking, Wächter, Sintenis) sprechen daher mit Recht in diesen Fällen von einer „bloß factischen", „uneigentlichen Genehmigung", von einer Genehmigung, „welche nur der Form nach eine solche, in der Sache selbst aber eigentlich die fragliche Willenserklärung sei."

12) cf. l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) verb. Idem dicemus etc. (vgl. auch

2) Ist dagegen das Rechtsgeschäft ein **relativ nichtiges** (vorherg. § A. Nr. V) und erklärt derjenige, von dessen Willen der Eintritt der Nullität abhängt, nachträglich in gültiger Weise und unter Umständen, unter welchen er eine solche Erklärung wirksam geben kann, seine Zustimmung, so erscheint hierdurch das genehmigte Geschäft als von Anfang an gültig: die nachträgliche Genehmigung ist in diesen Fällen zwar nicht ein Convalescenzgrund (vorhergeh. § Note 68a), allein das ursprünglich bedingt nichtige Rechtsgeschäft wird durch die Ratihabition in die Lage versetzt, als wäre es gleich von Anfang an unbedingt gültig eingegangen worden[13] (Retrotraction der Ratihabition).

3) Ist das Rechtsgeschäft an sich gültig aber **anfechtbar** (vorherg. § lit. B.) und genehmigt die zur Anfechtung berechtigte Partei dasselbe später durch eine der andern Partei (ausdrücklich oder stillschweigend) gemachte und von dieser angenommene gültige und unanfechtbare Erklärung, so fällt hierdurch das Recht zur Anfechtung hinweg und das Geschäft ist so zu behandeln, als wäre es unanfechtbar eingegangen worden[14]: in diesem Fall wird das genehmigte Rechtsgeschäft nicht nach rückwärts gültig (denn es war ja niemals ungültig) sondern es wird unanfechtbar[15]. Hier liegt in der nach-

---

oben §. 73 Note 8); oder die Parteien ratihabiren einen Vertrag, den nach §. 880 (vgl. §. 1048 a. b. G. B.) vernichtet wurde, nachdem die Sache wieder dem Verkehr übergeben wurde.

13) So z. B. ist die relativ ungültige Ehe von Anfang an gültig, wenn der Vater nachträglich seine Einwilligung zu derselben gibt (§. 96 a. b. G. B.), der ungültige obligatorische Vertrag, wenn der Gezwungene oder Betrogene den Vertrag ratihabirt (§. 870 fg. a. b. G. B.), der Vertrag, welchen der Pflegbefohlene ohne Zustimmung des Vormunds geschlossen hat, wenn dieser denselben genehmigt (§. 865 a. b. G. B.) u. s. f.;

14) z. B. der in einem Kaufgeschäft über die Hälfte Verletzte genehmigt späterhin das Geschäft (§§. 934. 935 a. b. G. B.); der Käufer heißt den Kauf einer fehlerhaften Sache gut (§. 922 fg. a. b. G. B.); der Zahlende ratihabirt die irrthümlich geleistete Zahlung einer Nichtschuld (§. 1431 fg. a. b. G. B.) u. s. f. Nach gemeinem Recht gehören auch die Fälle hierher, wenn der Gezwungene oder Betrogene das Geschäft ratihabirt l. 2 l. 4 C. de his quae vi 2, 20); ebenso ist nach gemeinem Recht ein Verzicht auf eine Einrede vorhanden, wenn der Haussohn als Empfänger eines Darleihens, nachdem er Paterfamilias geworden, dasselbe genehmigt l. 2 C. ad Sc. Mac. (4, 28) l. 7 §. 16 l. 9 pr. D. eod. tit. (14, 6).

15) Vgl. **Wächter** §. 100 Nr. I, **Puchta** Vorl. I S. 115. 116 und schon **Hufeland** S. 323 Nr. 3.

träglichen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Genehmigung ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht (Klage oder Einrede vgl. unten §. 94 Note 39): die Ratihabition ist das Gewand, die Form, worin die Verzichtleistung zu Stande kömmt[16].

4) Wenn zum Eintritt gewisser Wirkungen eines Rechtsgeschäfts die Zustimmung dritter Personen erforderlich ist und diese nachträglich ertheilt wird, so wird das Geschäft nach rückwärts in der Weise rechtlich wirksam, als wenn jene Person im vorhinein zugestimmt hätte. Hierher gehört insbesondere[17] der Fall, wenn jemand ohne Einwilligung des Eigenthümers dessen Sache veräußert, verpfändet oder sonst mit dinglichen Lasten beschwert hat; gibt der Eigenthümer zu diesen Handlungen nachträglich seine Zustimmung, so fängt das betreffende Recht des Erwerbers nicht erst vom Augenblick der Ratihabition, sondern von dem Moment der nachträglich genehmigten Bestellung desselben an. Die Wirkung der nachfolgenden Genehmigung datirt in diesem Fall also nicht vom Augenblick der Ratihabition, sondern von dem der Errichtung des genehmigten Geschäfts (Retrotraction der Ratihabition[18]).

---

16) Das Gleiche gilt nach gemeinem Recht im Fall der Ratihabition eines Geschäfts, gegen welches eine restitutio in integrum stattfinden kann, hier liegt in der nachträglichen Genehmigung des Geschäfts ein Verzicht auf dieses Rechtsmittel l. 1 l. 2 C. si maj. fact. (2, 46) l. 3 §. 1 D. de minor. (4, 4) vgl. Savigny VII S. 239.

17) Nach gemeinem Recht gehört auch der Fall hierher, wenn der Vater die vom Haussohn geschehene Aufnahme eines Darlehens hinterher (ausdrücklich oder stillschweigend) genehmigt l. 7 §. 15 cf. l. 7 D. de Sc. Maced. (14, 6) l. 2 l. 7 pr. C. eod. (4, 28); in dieser letzten Stelle heißt es am Ende — cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.

18) l. 16 §. 1 D. de pignor. (20, 1). Es versteht sich von selbst, daß einerseits durch diese Rückziehung der Ratihabition wohlerworbene Rechte Dritter nicht verletzt werden können (vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1), und daß andererseits der Eigenthümer nur solche Handlungen ratihabiren kann, denen er zur Zeit ihrer Vornahme hätte wirksam zustimmen können (vgl. Puchta Vorles. I S. 112). Erklärt der ratihabirende Eigenthümer, daß die Retrotraction der Genehmigung ausgeschlossen sein solle, so läge wieder keine eigentliche Genehmigung vor (indem der Eigenthümer in der That die früher geschehene Veräußerung oder Verpfändung nicht comprobirt), sondern vielmehr Abschließung eines neuen, das fragliche Recht constituirenden oder transferirenden Rechtsgeschäfts; z. B. der Eigenthümer genehmigt die von einem Andern vor einem Jahr geschehene Veräußerung seiner Sache, erklärt aber, der Empfänger solle erst vom Tag der Genehmigung an Eigenthümer sein: in diesem Fall liegt in der Genehmigung eine traditio brevi manu.

5) Wenn jemand, ohne von uns hierzu beauftragt zu sein, in unserm Namen ein Rechtsgeschäft vornimmt, so wird durch unsere nachträgliche Zustimmung der ursprüngliche Mangel der Befugniß zur Stellvertretung ersetzt (vgl. oben §. 90), und durch die (ausdrückliche oder stillschweigende[19]) Ratihabition[19a] des in unserm Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts dasselbe für uns eben so wirksam, als wäre es ursprünglich mit unserm Willen, in unserm Auftrag abgeschlossen worden[20] (Retrotraction der Ratihabition). Das Gleiche gilt in dem Fall, wenn jemand ohne unsern Auftrag in unserm Interesse ein Rechtsgeschäft in seinem Namen geschlossen, also als Zwischenperson (vgl. oben §. 90) gehandelt hat, und wir dieß hinterdrein genehmigen: auch hier wird in dieser Beziehung durch die Ratihabition dasselbe Verhältniß hergestellt, als wenn der Geschäftsführer ursprünglich in unserm Auftrag gehandelt hätte[21].

6) In dem Gewand der Genehmigung tritt öfters die Anerkennung[22] als selbständiger Verpflichtungsgrund auf: in solchen Fällen wird dann durch die Genehmigung das ratihabirte Geschäft nicht gültig oder klagbar, sondern der genehmigende wird aus dem geschlossenen Vertrag in selbständiger Weise verpflichtet[23].

---

19) l. 5 D. h. t. (46, 8) Non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu.

19a) Von diesem Standpunkt aus wird die Ratihabition definirt in l. 12 §. 1 D. h. t. (46, 8): Rem haberi ratam, hoc est comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore.

20) In diesem Sinn heißt es l. 12 §. 4 i. f. D. de solut. (46, 3): Ratihabitio mandato comparatur. c. 10 de R. J. in VI. Ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari. cf. l. 60 D. de R. J. (t. 152 §. 2 eod.) l. 12 §. 4 cit. l. 56 D. de jud. (5, 1) l. 6 §. 9 D. de neg. gest. (3, 5) l. 9 C. eod. (2, 19) l. 7 §. 1 C. quod cum eo (4, 26).

21) l. 3 C. de R. V. (3, 32) l. 19 C. de neg. gest. (2, 19).

22) Überhaupt werden die Ausdrücke Anerkennung und Genehmigung häufig abwechselnd gebraucht, und ebenso für Genehmigung der Ausdrücke Approbation, Comprobation, Billigung; so werden in l. 9 D. de neg. gest. (3, 5) hintereinander die Ausdrücke probare, ratum habere, comprobare gebraucht; so in l. 3 §. 1 D. de minor. (4, 4) der Ausdruck comprobare für das, was in l. 1 l. 2 C. si maj. fact. (2, 46) ratum habere genannt wird, und so in l. 2 C. ad Sc. Mac. (4, 28) agnoscere für das was in l. 7 §. 15 D. eod. (14, 6) ratum habere heißt; vgl. auch Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 46.

23) So z. B. in dem Fall, wenn der Erbe den Legataren gegenüber die ungül-

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß die nachträgliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts aus verschiedenen Veranlassungen, unter verschiedenen Voraussetzungen und mit verschiedenen Wirkungen vorkommt. Es lassen sich daher über die Genehmigung überhaupt allgemein gültige Regeln nicht aufstellen und die Fragen, wer genehmigen könne, innerhalb welcher Zeit und in welcher Form ratihabirt werden müsse, ob man nur ganz oder auch theilweise genehmigen könne, ob durch die Genehmigung das ohnedem bestehende Rechtsverhältniß zwischen dem Stellvertreter und dem Ratihabirenden umgewandelt werde, und andere Fragen mehr, lassen sich nicht in durchgreifender Weise, sondern nur unter Berücksichtigung der verschiedenen Natur und Bedeutung, welche der Genehmigung in dem einen und dem andern Fall zukommt, beantworten, wie sie denn auch zumeist nur unter stillschweigender Beziehung und Beschränkung auf den Fall der Ratihabition einer Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio; Nr. 5) gestellt und gelöst werden. Nur so viel läßt sich im Allgemeinen sagen, daß man zwischen eigentlicher und uneigentlicher Genehmigung unterscheiden muß: die uneigentliche Genehmigung (Nr. 1. 3. 6) ist in der That gar keine Genehmigung, sie ist nur der Form, dem Ausdruck nach eine Ratihabition, der Sache nach Abschließung eines neuen Rechtsgeschäfts; die eigentliche Genehmigung (Nr. 2. 4. 5) ist allein wahre wirkliche Genehmigung und ihr charakteristisches Kriterium besteht darin, daß das Geschäft durch die nachträgliche Zustimmung in die Lage kommt, in welcher es wäre, wenn gleich anfangs (im vorhinein) die Zustimmung ertheilt worden wäre, was man dahin auszudrücken pflegt: die Ratihabition werde retrotrahirt (omnis [sc. vera] ratihabitio retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. l. 7 pr. i. f. C. ad Sc. Maced. 4, 28 — ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. l. 25 i. f. C. de donat. int. vir. 5, 16).

---

tigen letztwilligen Dispositionen des Erblassers, welche Vermächtnisse betreffen, zu genehmigen (anzuerkennen, agnoscere erklärt: hierdurch werden die ungültigen Legate nicht zu gültigen, der Erbe aber wird aus seinem (angenommenen Versprechen die Legate auszuzahlen in selbständiger Weise obligirt l. 23 C. de fideicom. 6, 42) l. 16 C. de test. (6, 23) cf. l. 20 D. de donat. (39, 5) vgl. auch Bähr a. a. O. S. 201.

VII. Rechtsgeschäfte von generellem Charakter.

A. Vertrag[1].

§. 93. Es ist bereits früher (oben §. 78) hervorgehoben worden, daß jedes zweiseitige Rechtsgeschäft ein Vertrag sei. Insofern ist der Vertrag ein Rechtsgeschäft von generellem Charakter, ein Gattungsbegriff[2], der wie das Allgemeine überhaupt nicht als solches in die Existenz tritt, sondern nur im Besonderen zur realen Erscheinung gelangt. Seinen concreten Stoff erhält der Vertrag durch das specifische Rechtsverhältniß, welches durch den gegenseitig erklärten Willen der Parteien gegründet, modificirt oder aufgehoben werden soll: der Gegenstand der Übereinstimmung, das Object der Willenseinigung gibt dem Vertrag seinen Inhalt: nur mit einem solchen speciellen Inhalt, als Vertrag bestimmter Art, bringt sich der Vertrag im wirklichen Rechtsleben zur Erscheinung. Den Gegenstand des Vertrags können aber nicht bloß Rechtsverhältnisse einer bestimmten einzelnen Art, sondern vielmehr Rechtsverhältnisse aller Art bilden[3]: insofern ist der Vertrag nicht nur ein Rechtsgeschäft von generellem Charakter, sondern auch ein Rechtsgeschäft von universeller Bedeutung und Natur, eine wahrhaft allgemeine Rechtsform. Die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse können den Inhalt des Vertrags bilden, der sowohl auf dem Gebiet des Völkerrechts, des Staatsrechts, ja selbst des Strafrechts[4], als in der Sphäre des Privatrechts vorkommt.

---

1) Savigny System III §§. 140 141.

2) In dieser generischen Bedeutung wird der Vertrag auch an der Spitze des Digestentitels de pactis (2, 14) in einer Stelle von Ulpian definirt l. 1 §. 2 D. l. c. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. §. 3 Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt (Übereinkunft, Übereinkommen, Abkunft, Abkommen); doch „verliert sich (in jener Stelle) dann unvermerkt der Gattungsbegriff ganz in die einzelne Art der obligatorischen Verträge" (Savigny S. 315).

3) Immer aber müssen es natürlich Rechtsverhältnisse sein, welche durch den Vertrag bestimmt werden: eine Willensübereinstimmung, wodurch andere Verhältnisse und Beziehungen bestimmt würden, wäre zwar ein Vertrag im vulgären Sinn des Worts, nicht aber ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag im juristischen Sinn (vgl. auch Bd 1 §. 62 Note 2).

4) So war die ursprüngliche Bedeutung des pactum de non petendo die

Der privatrechtliche Vertrag — welcher allein an diesem Ort von Interesse ist — kommt bei allen Arten der dem Privatrecht angehörenden Rechtsinstitute vor: die verschiedensten privatrechtlichen Verhältnisse können durch Vertrag begründet, aufgehoben, oder modificirt werden. Vor Allem kommt der Vertrag auf dem Gebiet des Obligationenrechts zur ausgedehntesten Anwendung (obligatorischer Vertrag im weitern Sinn): durch Verträge können Obligationen begründet (obligatorischer Vertrag im engern Sinn), modificirt oder aufgehoben werden (liberatorischer Vertrag[5]). Ferner im Sachenrecht und zwar auch hier in großer Ausdehnung (dinglicher Vertrag), indem durch Vertrag dingliche Rechte zur Entstehung gebracht[6] und aufgehoben werden[7] können; insbesondere ist auch die Tradition ein Vertrag, indem sie die auf Übertragung des ding-

---

eines Sühnevertrags über einen Rechtsfriedensbruch (cf. l. 17 §. 1 l. 27 §. 2 D. de pact. 2, 14, Völderndorff-Waradein Zur Lehre vom Erlaß 1850); das ganze ältere deutsche Compositionswesen beruht auf demselben Princip (L. Sax. II 5 — compositionem persolvat vel faidam portet vgl. Walter Deutsche R. G. §§. 660. 663 und auch noch im heutigen Strafrecht ist in manchen Fällen eine vertragsmäßige Sühnung möglich (vgl. z. B. §§. 503. 530 des Strafges.).

5) Der liberatorische Vertrag wird bald im weitern bald im engern Sinn genommen; unter dem liberatorischen Vertrag im engern Sinn versteht man die die Befreiung des Schuldners schlechthin bezweckende und bewirkende Übereinkunft der Subjecte der Obligatio (vgl. Arndts §. 267), also den Erlaß (Nachlaß-, vertrag §. 1444 a. b. G. B.) und den mutuus dissensus (contrarius consensus §. 920 a. b. G. B.), während unter den Begriff des liberatorischen Vertrags im weitern Sinn jedes zweiseitige die Aufhebung der Obligatio bewirkende Rechtsgeschäft fällt, wie die Novation mit oder ohne Personenwechsel (§. 1376 fg. a. b. G. B.), der Vergleich (§. 1380 fg. a. b. G. B.) und insbesondere die Zahlung (§. 1412 a. b. G. B.); die Zahlung ist nicht etwa ein bloßes Factum, sondern vielmehr ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (vgl. Koch Recht der Forder. II S. 559. 566), daher denn z. B. Zweifel darüber entstehen können, welche der mehreren Obligationen durch die Zahlung als getilgt zu betrachten sei (in quam causam solutum sit vgl. §§. 1415. 1416 a. b. G. B.), daher die Zahlung mit Vorbehalt geschehen kann (l. 16 D. de sol. 46, 3) und Empfänger und Zahlender handlungsfähig sein müssen (§§. 1421. 1424 a. b. G. B. vgl. oben §. 76 Note 24—26).

6) So insbesondere nach gemeinem Recht, indem (unbestritten) eine Hypothek und (nach der richtigen Ansicht) ebenso eine Servitut, Emphyteusis oder Superficies durch die auf sofortige Entstehung des betreffenden dinglichen Rechts gerichtete übereinstimmende Willenserklärung bestellt wird; anders nach österr. Recht, wonach stets Tradition erforderlich ist, vgl. unten §. 94 Note 36.

7) Hierher gehört die Remission eines dinglichen Rechts durch (dinglichen) Vertrag d. h. durch eine auf sofortige Aufhebung des dinglichen Rechts gerichtete übereinstimmende Willenserklärung; vgl. folgenden § zu Note 37.

lichen Rechts gerichtete Willenseinigung des Tradenten und des Erwerbers enthält [8]. Ebenso können auf dem Gebiet des (reinen) Familienrechts (Bd I S. 215 fg.) Rechtsverhältnisse durch Vertrag bestimmt werden (Familienrechtsverträge, Familienverträge in diesem Sinn [9]); so wird die Ehe stets durch Vertrag (Ehevertrag §. 44 a. b. G. B.) eingegangen [10] und kann in manchen Fällen durch Vertrag aufgelöst werden (z. B. durch einverständliche Scheidung §. 103 fg. a. b. G. B., durch einverständliche Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung §. 115 a. b. G. B., durch Überreichung des Scheidebriefs §. 133 a. b. G. B.), ebenso ist zur Adoption und zur Entlassung aus der väterlichen Gewalt Willenseinigung der betreffenden Personen erforderlich (§§. 174. 181 a. b. G. B.). Endlich kommt auch auf dem Gebiet des Erbrechts der Vertrag vor [11] (erbrechtliche Verträge, Erbvertrag im weitern Sinn), und zwar kann durch Vertrag sowohl ein Recht auf Beerbung erworben (Erbvertrag im engern Sinn, Erbeinsetzungsvertrag §. 602 §. 1249 a. b. G. B.) als ein Recht auf Beerbung aufgegeben werden (Erbverzicht §. 551 a. b. G. B.).

Diese generische und universelle Bedeutung, welche dem Vertrag zukommt, wurde früher häufig verkannt und der Vertrag im Allgemeinen in einer Weise erklärt und in dem Rechtssystem an einen solchen Ort gestellt, als gäbe es nur den obligatorischen Vertrag [12]. Diese irrige viel zu beschränkte Auffassung des Vertrags ist in neuerer Zeit fast allgemein aufgegeben und dem Vertrag die gebührende Stellung eingeräumt worden [13]. An jener irrigen Auffassung etwa

---

8) Vgl. insbesondere Savigny S. 312. 313. Es kommen daher auch bei der Tradition die Grundsätze von den Rechtsgeschäften, insbesondere von den Wirkungen des Irrthums, des Zwangs und des Betrugs zur Anwendung.

9) Gewöhnlich gebraucht man jedoch den Ausdruck Familienverträge in einem ganz andern Sinn; vgl. Gerber System §. 37.

10) Vgl. hierüber insbesondere Savigny S. 317 fg.

11) Vgl. Gerber System §. 257.

12) Vgl. z. B. Höpfner Comment. §. 732, Wiener Heineccius I §. 772. Glück IV S. 49 fg. und die bei Savigny §. 141 Note a angeführten Schriftsteller; derselbe Irrthum findet sich im preuß. Landr. I 5, vgl. hierüber Koch Privatr. II §. 546.

13) Die richtige Auffassung des Vertrags findet sich schon bei Schweppe I (1828) §. 99, Puchta Lehrb. der Pandekt. (1838) §. 237, Göschen §. 245 und

für das österreichische Recht festzuhalten [14], dazu bietet das Gesetzbuch selbst weder die Veranlassung noch den Anhaltspunkt, da dieses auch von andern als obligatorischen Verträgen spricht (z. B. §§. 44. 602) und nirgends eine Begriffsbestimmung des Vertrags überhaupt aufstellt, indem auch der — in mancher Beziehung freilich nicht sehr glücklich abgefaßte [15] — §. 861 nur bestimmt, daß durch den übereinstimmenden auf die Erzeugung einer Obligatio gerichteten Willen der Parteien „ein Vertrag zu Stande kommt."

---

ist nunmehr insbesondere von Savigny a. a. O. in meisterhafter Weise entwickelt worden, dem seither fast alle Neueren gefolgt sind (bei Schilling III §. 246 findet sich wieder die ältere unrichtige Auffassung).

14) Dieß geschieht häufig von unsern Commentatoren, indem sie bei Besprechung des §. 861 vom Vertrag in einer Weise sprechen, als gäbe es nur einen obligatorischen Vertrag, vgl. z. B. Zeiller III S. 6 fg., Winiwarter IV S. 4. 5, Stubenrauch III S. 3 (bei dem sich gleichfalls der Gattungsbegriff unvermerkt in die einzelne Art der obligatorischen Verträge verliert).

15) Es wird nemlich der obligatorische Vertrag definirt als „das angenommene Versprechen sein Recht zu übertragen" (vgl. auch §. 864 a. b. G. B.); diese Begriffsbestimmung, deren Vorbild wohl das A. L. R. I 5 §. 1. 2 war, ist theils aus der älteren naturrechtlichen Auffassung des Vertrags als der vereinigten Willkür zweier Personen, worin Tradition einer Sache versprochen wird, hervorgegangen (vgl. Kant Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 98, Zeiller III S. 6: „das Vertragsrecht läßt sich aus dem Eigenthumsrecht erklären" „die Erklärung des Willens eine Sache auf den Andern zu übertragen oder ihm etwas zu leisten, nennt man ein Versprechen"), theils unter dem Einfluß der Auffassung des Forderungsrechts als eines „persönlichen Sachenrechts", eines jus ad rem (Bd I S. 539. 540) entstanden. Der §. 861 fügt dann als Erläuterung hinzu „das heißt etwas gestatten, etwas geben, etwas thun, etwas unterlassen zu wollen": durch diese Erklärung scheint das Gesetzbuch mit dem „sein Recht übertragen" dasselbe sagen zu wollen, wie die Kant'sche Schule (z. B. Gros Lehrbuch des Naturr. 6. Aufl. 1841 §. 178), wenn sie als Begriff des Vertrags angibt: „eine übereinstimmende Willenserklärung, wodurch ein Recht auf eine Leistung von dem einen auf den andern übertragen wird": allein wie kann man hier von der „Übertragung seines Rechts" sprechen? hat denn der Promissar früher ein Recht auf eine Leistung, welches er nun auf den Promittenten überträgt? (Unrichtig ist es, wenn manche österr. Schriftsteller, z. B. Zeiller III S. 6, Nippel VI S. 11. 12, Stubenrauch III S. 4 als Beispiel für den auf ein Gestatten oder Unterlassen gerichteten Vertrag das Bestellen von affirmativen und negativen Servituten anführen, da hier ja vielmehr der Vertrag auf ein positives Thun gerichtet ist, nemlich auf die Vornahme jener Handlung, wodurch die fragliche Servitut wirklich bestellt wird: insofern aber vom Eigenthümer einer Sache bloß versprochen wird, etwas zu Gunsten des Andern zu unterlassen oder zu dulden, ist eben gar kein dingliches Recht vorhanden. — Nach der Ansicht von Egger Natürl. Privatr. §. 94 und Nippel VI S. 11 soll selbst bei dem Erwerb einer Forderung durch Vertrag ein Titulus und Modus unterschieden werden: der titulus acquirendi soll im Versprechen, der modus acquirendi in der Annahme desselben bestehen!)

B. Veräußerung und Verzicht.

§. 94. I. **Veräußerung** (alienatio[1]) im weitern Sinn ist die durch den Willen des Berechtigten bedingte und bewirkte Aufhebung eines Rechts[2]. Jede Veräußerung ist somit ein Rechtsgeschäft und umgekehrt ist jedes Rechtsgeschäft, welches darauf gerichtet ist, den Verlust unseres Rechtes herbeizuführen, eine Veräußerung[2a]. In diesem weitern Sinn umfaßt die Veräußerung sowohl das Aufgeben unseres Rechts mittelst Übertragung desselben auf einen Dritten als unseren Rechtsnachfolger, also die bloß subjective Endigung unseres Rechts (**Veräußerung** im engern eigentlichen Sinn, Veräußerung **an** einen Andern) als das bloße Aufgeben unseres Rechts ohne Übertragung desselben auf einen Anderen[3], somit den objectiven Untergang unseres Rechts (**Entäußerung**, **Verzicht** im eigentlichen Sinn vgl. oben §. 73). Immer aber setzt die Veräußerung das Aufgeben eines bereits erworbenen uns zustehenden Rechts voraus[4]: das Ausschlagen eines möglichen Erwerbs[5] (z. B. einer angefallenen Erbschaft oder eines angebotenen Geschenks[6]) ist keine Veräußerung[7]; ist dagegen der Erwerb des

1) Über die Bedeutung des Wortes alienatio vgl. **Schilling** Institut. II §. 96.

2) Vgl. **Wächter** II S. 638 fg.; vgl. auch **Böcking** I §. 101 Nr. 4 und **Savigny** System IV §. 145.

2a) Die Veräußerung bildet somit nicht ein besonderes Rechtsgeschäft, sondern den Inhalt der verschiedensten Rechtsgeschäfte z. B. der Tradition, Dereliction, Cession, Remission u. s. f.

3) l. 5 §. 8 D. de reb. eor. (27, 9); in diesem Sinn wird auch das Nachlassen, Aufgeben eines Forderungsrechts eine alienatio genannt l. 15 D. de solut. (46, 3) Gaj. II §. 84; auch die Cession einer Forderung ist eine Veräußerung derselben l. 17 l. 19 D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

4) Das Aufgeben des bloßen Besitzes ist keine Veräußerung; l. 119 D. de R. J. Non alienat qui duntaxat emittit possessionem l. 4 §. 1 D. de alien. judic. mut. (4, 7).

5) l. 28 pr. D. de V. S. Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.

6) cf. l. 6 pr. §§. 1—5 D. quae in fraud. credit. (42, 8) l. 5 §. 13 D. de donat. int. vir. (24, 1) l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. (38, 5), vgl. folg. §. Nr. 2.

7) Wenn daher jemanden die Veräußerungsbefugniß (Dispositionsfähigkeit) im Allgemeinen entzogen wird, so kann er zwar eigenmächtig ein ihm bereits zustehendes Vermögensrecht nicht aufgeben, wohl aber den angebotenen Erwerb aus-

Rechts wirklich schon erfolgt, so ist das Aufgeben desselben allerdings auch dann eine Veräußerung, wenn jener Erwerb ipso jure geschehen ist[8]. Aus dem Begriffe der Veräußerung als eines Rechtsgeschäfts (vgl. oben §. 78 I) ergibt es sich, daß man nur dann von der Veräußerung eines Rechts sprechen kann, wenn der Untergang desselben durch den Willen des Berechtigten wesentlich bedingt und bewirkt ist[9]. Es ist daher in jenen Fällen des Verlusts eines Rechts

---

schlagen; es kann deßhalb insbesondere der Cridatar, der nach heutigem gemeinen u. österr. (vgl. §. 62 der ungar. Conc. O.) Recht mit der Eröffnung des Concurses die Dispositionsfähigkeit verliert (vgl. Schweppe Concurs §. 31 Bayer Concurs §. 24) immerhin eine angefallene Erbschaft oder ein angebotenes Geschenk ausschlagen (l. 6 pr. §. 1—5 D. quae in fraud. credit. 42, 8 l. 67 §. 1 D. ad Sc. Trebell. 36, 1 — creditores compellere te ut adires non potuerint; vgl. Schweppe §. 38 Nr. 1, Bayer §. 23 Note 6). In Österreich ist jedoch mit Recht vgl. Schweppe a. a. O.) durch Hofdecret 8. Mai 1835 (Michel II Nr. 1163 vgl. ungar. Conc. O. §. 61) die Bestimmung getroffen, daß die Gläubiger im Namen des Cridatars die diesem angefallene Erbschaft cum beneficio anzutreten berechtigt sind, so daß eine Ausschlagung von Seiten des Cridatars wirkungslos ist. Ein angebotenes Geschenk aber kann der Cridatar auch nach österr. Recht immerhin ausschlagen und ebensowenig durch die Gläubiger zur Erfüllung der Bedingung gezwungen werden (l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. 38, 5).

8) Daher ist das Repudiiren eines Legats, da das Recht auf das Vermächtniß von selbst (ipso jure) erworben wird (§. 684 a. b. G. B. l. 77 §. 3 D. de leg. II) allerdings eine Veräußerung und wird dieß auch bestimmt anerkannt in l. 5 §. 8 D. de reb. eor. (27, 9) Fundum legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat (vgl. mit Recht Wächter §. 84 Note 20 gegen die herrschende entgegengesetzte Ansicht). Daß im Fall der Repudiation eines Legats weder die actio Pauliana noch die actio Faviana und Calvisiana zuläßig ist (l. 6 §. 4 D. quae in fraud. 42, 8 l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. 38, 5) erklärt sich daraus, daß der Legatar zwar ohne, aber doch nicht wider seinen Willen das Legat erwirbt, und daß durch die Ablehnung das Vermächtniß völlig vereitelt, der geschehene Erwerb nach rückwärts wieder aufgehoben (l. 38 §. 1 l. 44 §. 1 l. 86 §. 2 D. de leg. I), also das Vermögen selbst insofern nicht vermindert, sondern nur nicht vermehrt wird l. 6 pr. D. 42, 8 (einen andern m. E. nicht ausreichenden Grund gibt Wächter a. a. O. an): nach österr. Recht jedoch ist der Cridatar nicht befugt, eigenmächtig ein Legat auszuschlagen, sondern die Gläubiger sind berechtigt in seinem Namen Vermächtnisse anzunehmen (vgl. das in der vorigen Note angeführte Hofdecret). Aus dem angegebenen Grund erklärt sich auch, warum im Repudiiren des Legats keine Schenkung liegt (l. 5 §. 1. 4 D. de donat. int. V.), weil eben der Vermögensstand dadurch nicht vermindert, sondern nur eine mögliche Vermehrung unterlassen wird (l. 86 §. 2 cit. — nam si legatarius repulerit legatum, nunquam ejus fuisse videbitur).

9) Man kann daher auch eine letztwillige Verfügung z. B. ein Vermächtniß nur ganz uneigentlich eine Veräußerung nennen (vgl. z. B. §. 1128 a. b. G. B. l. 36 D. de leg. II §. 1 I. de leg. 2, 20 l. 62 D. de A. R. D.), da der subjective

keine Veräußerung vorhanden, in denen diese Wirkung unabhängig vom Willen des Berechtigten eintritt, wobei also der Wille des Berechtigten an und für sich indifferent ist, wenngleich durch eine Handlung des Berechtigten der Eintritt jener Wirkung hätte abgewendet werden können[10]. Unterläßt nun der Berechtigte in solchen Fällen absichtlich diese Handlung, um das ihm zustehende Recht zu verlieren, so ist hier allerdings in subjectiver Beziehung das heißt in Beziehung auf den Verlierenden und seine Absicht eine Veräußerung vorhanden[11], nicht aber in objectiver Beziehung[12], da die andere Partei den Vermögensvortheil nicht im Weg der Veräußerung, sondern durch die fragliche, selbständig und unabhängig wirkende juristische Thatsache erwirbt.

Der Ausdruck Veräußerung wird häufig auch auf Sachen bezogen. Unter Sachveräußerung im weitern Sinn versteht man nicht bloß das durch ein Rechtsgeschäft bewirkte Aufgeben oder Weggeben der Sache selbst[13], sondern auch das Aufgeben eines an die Sache

---

Untergang des Rechts nicht durch jenes Rechtsgeschäft, sondern unabhängig vom Willen des Verfügenden durch den Tod herbeigeführt wird.

10) So verhält es sich z. B. bei der Ersitzung, dem Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch, der Klagverjährung, dem Nichtgebrauch von Einreden im Prozeß; in diesen Fällen ist der Wille des Verlierenden indifferent und der Gewinn tritt für die andere Partei unabhängig von diesem dadurch ein, daß alle jene Momente vorhanden sind, welche die fragliche Wirkung herbeiführen; vgl. oben §. 78 Note 4.

11) In diesem Sinn heißt es in l. 28 pr. D. de V. S. Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes (vgl. insbes. Wächter S. 640 und 641, s. jedoch die abweichende Auffassung Savigny's System IV Beil. IX). Ist der auf diese Art Erwerbende mit dem Verlierenden darüber einverstanden, daß er auf diese Art den Vermögensvortheil erwerben solle, so ist insofern eine Schenkung vorhanden vgl. den folgenden § Note 10. In manchen Verhältnissen und unter gewissen Umständen kann diese Absicht des Verlierenden und des Gewinnenden von besonderer Bedeutung sein, indem es grade auf das subjective Moment ankommt, so z. B. in Ansehung der actio Pauliana l. 3 §§. 1 2. l. 4 l. 6 §. 8 D. quae in fraud. credit. (42, 8).

12) cf. l. 5 §§. 6. 7 D. de donat. int. V. (24, 1); es liegt daher auch in der Nichthinderung der Ersitzung oder des Untergangs einer Servitut durch Nichtgebrauch nicht eine Verletzung des Veräußerungsverbots l. 1 pr. l. 16 D. de fund. dotal. (23, 5) l. 3 §. 5 D. de reb. eor. (27, 9) vgl. Savigny IV S. 566 fg.

13) Und zwar sowohl das Weggeben einer fremden Sache, die man im Usucapionsbesitz hat (l. 5 §. 2 D. de reb. eor. 27, 9), als das Aufgeben des Eigenthumsrechts an unserer Sache (auch des s. g. Nutzungseigenthums l. 3 §. 4 D. cit.

geknüpften Rechts (z. B. einer Realservitut vgl. Bd I §. 64) und jede dingliche Belastung der Sache[14]. Die Übernahme bloß persönlicher Verpflichtungen in Ansehung der betreffenden Sache (z. B. Vermiethung oder Verpachtung derselben) fällt dagegen nicht unter den Begriff der Sachveräußerung.

Die Veräußerung ist eine freiwillige oder eine nothwendige[15]; die nothwendige Veräußerung ist entweder eine rechtlich (juristisch) nothwendige, wenn die Veräußerung in Folge einer die Sache unmittelbar betreffenden Rechtsnothwendigkeit geschieht[16],

---

l. 1 C. de fund. dot. 5, 23 §. 1128 a. b. G. B.), Sachveräußerung im engern Sinn (öfters auch Veränderung genannt) l. 1 C. cit. Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur l. 205 D. de R. J. (vgl. z. B. §. 1128 a. b. G. B.); zur Sachveräußerung im engern Sinn gehört es auch, wenn die Miteigenthümer einer Sache zur Realtheilung schreiten (Bd I §. 51 Nr. I), da diese nothwendig zu partieller Veräußerung führt (dividens alienat): im Fall eines Veräußerungsverbots ist daher der davon Betroffene nicht befugt die Theilungsklage anzustellen (l. 7 pr. de reb. eor. l. 2 C. de fund. dot. l. 17 C. de praed. et aliis reb. 5, 71). — Diese alienatio pflegt man öfters eine alienatio translativa zu nennen.

14) S. g. alienatio constitutiva. — In diesem weiten Umfang sind im Zweifel gesetzliche Bestimmungen über Sachveräußerungen zu verstehen; insbesondere sind Veräußerungsverbote im Zweifel nicht bloß auf Sachveräußerungen im engern Sinn, sondern auch auf das Aufgeben eines Realrechts und auf dingliche Belastungen der Sache zu beziehen (vgl. E. A. Seuffert Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach röm. Recht [1854] §. 10) l. 7 C. de reb. alien. (4, 51) Sancimus sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem — esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi, similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum —. l. 3 §. 5 D. de reb. eor. (27, 9) — nec servitutem remitti. l. 5 D. de fund. dot. (23, 5). (Von den Veräußerungsverboten wird im Sachenrecht gehandelt werden.)

15) Vgl. Wächter II S. 642.

16) z. B. wenn eine Sache verpfändet ist und distrahirt wird, oder wenn eine Expropriation stattfindet (§. 365 a. b. G. B.), oder wenn man sich zu einer Veräußerung gültig verpflichtet hatte (z. B. durch ein Verkaufgeschäft), oder wenn der Miteigenthümer die Theilungsklage anstellt. In solchen Fällen wird die Veräußerung auch durch ein Veräußerungsverbot nicht gehemmt (l. 1 §. 2 i. f. D. de reb. eor. 27, 9 l. 1 l. 2 C. de praed. vel al. reb. 5, 71): es kann sich daher z. B. der Vormund auf die vom Miteigenthümer angestellte Theilungsklage ohne Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde einlassen (l. 17 C. cit. 5, 71 cf. l. 2 C. de fund. dot. 5, 23 l. 7 pr. D. de reb. eor. 27, 9), und ist die Veräußerung einer litigiosen Sache gültig, wenn das Veräußerungsgeschäft vor dem Litigioswerden der Sache geschlossen wurde (vgl. Seuffert a. a. O. §§. 15 fg. 20; das Nähere im Sachenrecht).

oder eine factisch nothwendige, wenn jemand durch seine Verhältnisse gezwungen (z. B. um seinen Unterhalt zu bestreiten oder seine Schulden zu bezahlen) zur Veräußerung schreitet[17].

Die Veräußerung im engern Sinn (Veräußerung an einen Andern) ist die Übertragung unseres Rechts auf einen Dritten als unseren Rechtsnachfolger. Die Frage, ob ein Recht (in diesem engern Sinn des Worts) veräußerlich sei, ist somit identisch mit der Frage, ob es auf einen Andern übertragbar sei und umgekehrt. Die Frage aber, welche Rechte im Einzelnen übertragbar, welche unübertragbar seien, läßt sich nicht im Allgemeinen lösen, sondern ist aus der Natur des betreffenden Rechts zu beantworten (vgl. Bd I §. 64 A Bd II §. 74)[18]. Es gibt Rechte, welche auf Andere nicht übertragen werden können, worauf der Berechtigte aber immerhin gültig verzichten kann: der Verzicht hat daher einen viel weiteren Umfang als die Veräußerlichkeit im engern Sinn, indem ein Recht, welches veräußerlich ist, auch verzichtbar, nicht aber umgekehrt ein jedes verzichtbare Recht auch ein veräußerliches (übertragbares, abtretbares[19]) ist. — Auch gibt es Rechte, welche zwar unentgeltlich nicht aber entgeltlich veräußert werden dürfen[20].

---

17) Hier ist die Veräußerung zwar factisch eine nothwendige, aber rechtlich eine freiwillige. Ein eigenthümlicher Fall factischer Veräußerungsnothwendigkeit ist es, wenn die Beschaffenheit einer Sache die Veräußerung nothwendig macht, um Schaden abzuwenden, wenn also die Sache (z. B. Eßwaaren) bei längerem Aufbewahren verderben würden (res quae servando servari non possunt l. 22 i. f. C. de admin. tut. 5, 37): in diesem Fall ist die Veräußerung im Verhältniß zu Dritten (deren Sachen man z. B. verwaltet) auch eine rechtlich nothwendige d. h. man ist zur Veräußerung berechtigt und verpflichtet (l. 15. § 1 D. de R. V.) und das gesetzliche Veräußerungsverbot hemmt auch eine solche Veräußerung nicht (cf. l. 5 i. f. l. D. de H. P. l. 22 i. f. C. de admin. tut. 5, 37 vgl. Seuffert a. a. O. S. 126 fg.).

18) Aus diesem Grund schon läßt sich die Bestimmung des §. 1393 a. b. G. B.: „Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung" nicht rechtfertigen; denn man nimmt das Wort „veräußerlich" im engern Sinn, so sagt jener Satz nichts anders als daß alle abtretbaren Rechte ein Gegenstand der Abtretung sind (vgl. Bd. I §. 64 Note 7); nimmt man aber jenes Wort in der weitern Bedeutung (aufgebbar mit oder ohne Übertragung auf Andere), so enthält es Unrichtiges, da es verzichtbare Rechte gibt, die nicht abtretbar (übertragbar) sind, vgl. folg. Note.

19) Vgl. Sintenis I S. 230. Daher ist der §. 1444 a. b. G. B. („In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechts zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheil seines Schuldners entsagen —") unrichtig gefaßt, da es viele Fälle gibt, in welchen der Gläubiger seinem Recht zum Vortheil des Schuldners entsagen kann, ohne daß er im Stande ist, sich seines Rechts zu bege-

Verschieden von der Veräußerung im engeren Sinn als der Übertragung eines Rechts auf einen Dritten ist das Geschäft, welches auf die Veräußerung gerichtet ist, welches dieselbe bezweckt (Veräußerungsgeschäft)[21]. Die wirklich geschehene Veräußerung ist die Realisirung des auf die Veräußerung gerichteten Rechtsgeschäfts. Beide Rechtsgeschäfte müssen wohl von einander getrennt werden[22], denn es gibt Fälle, in denen die Veräußerung, das ist die Übertragung des Rechts selbst ungültig ist, während das Veräußerungsgeschäft immerhin gültig ist[23], und umgekehrt gibt es Fälle, in welchen das Veräußerungsgeschäft ungültig ist, und die auf Grund desselben vorgenommene Veräußerung dennoch zu Recht besteht[24]. Die Rechtsgeschäfte, welche eine Veräußerung bezwecken, sind

---

ben d. h. hier es auf Andere zu übertragen, z. B. die Forderung aus einem Leibrenten- oder Alimentenvertrag (vgl. Bd I §. 64 Note 9. 10).

20) So z. B. kann das Patronatsrecht zwar verschenkt nicht aber verkauft werden (vgl. Walter Kirchenr. §. 235 III.), ebenso nach österr. Recht (Bd I §. 46 Note 16) Kreuzpartikeln und Reliquien.

21) So ist z. B. das Verkaufsgeschäft ein Veräußerungsgeschäft, indem es zu seinem Inhalt die Sachveräußerung (im engern Sinn) hat: die Tradition der verkauften Sache, wodurch das Eigenthum oder der Eigenthumbesitz auf den Käufer übergeht, ist die Veräußerung; doch gebraucht man im gewöhnlichen Leben, indem man den künftigen Erfolg anticipirt, den Ausdruck „veräußern" auch schon in dem Fall, als nur erst das Veräußerungsgeschäft geschlossen ist, und sagt z. B. vom Verkäufer, der seine Sache verkauft aber noch nicht tradirt hat, er habe sie um x fl. veräußert (l. 67 pr. D. de V. S. Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicetur).

22) In manchen Fällen versteckt sich das eine Geschäft hinter dem andern und tritt nicht besonders hervor, so z. B. fällt die formlose Cession (nach österr. und noch häufiger nach gemeinem Recht) öfters mit dem ihr zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft zusammen (vgl. Puchta R. L. II S. 640, Arndts Pandekt. §. 255), und dasselbe kann nach gemeinem Recht in jenen Fällen stattfinden, worin durch dinglichen Vertrag (ohne Tradition) das dingliche Recht bestellt wird z. B. die Servitut (vgl. Arndts Pandekt. §. 188), sowie nach jenen positiven Rechtssystemen, welche (wie z. B. das französische) den Eigenthumsübergang durch bloßen dinglichen Vertrag (ohne Tradition) zu Stande kommen lassen (Code civ. art. 1138. 1583), indem hier oft obligatorischer und dinglicher Vertrag zusammenfallen.

23) In der Regel hat ein gesetzliches Veräußerungsverbot nur Nichtigkeit der Veräußerung, nicht aber auch Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäfts zur Folge (vgl. Brandis in der Gieß. Zeitschr. VII S. 181 fg., Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 1, Mommsen Beiträge zum Obl. R. I §. 8, Seuffert a. a. O. §. 12); das Nähere im Sachen- und Obl. R.

24) Anfechtbar (durch Klage oder Einrede wird aber die Veräußerung in solchen Fällen allerdings häufig sein. Das Verbot eines Veräußerungsgeschäfts

mannigfaltiger Art (z. B. Verkauf, Tausch, Darleihen, Schenkung), und werden bald entgeltlich bald unentgeltlich geschlossen (oben §. 78 II Nr. 2).

II. Verzicht[25] (Verzichtleistung, Entsagung[25a], renunciatio) im eigentlichen engern Sinn[26] bedeutet das Aufgeben eines Rechts ohne dasselbe auf einen Andern zu übertragen. Das charakteristische Merkmal des Verzichts besteht demnach darin, daß das Recht, ohne in der Person eines Nachfolgers fortzudauern[27], durch den Willen des Berechtigten erlischt. In dieser Beziehung entsteht nun die wichtige Frage, ob schon der bloße Wille, insbesondere die einseitige Willenserklärung des Berechtigten (das heißt eine solche, welcher die Annahme und Zustimmung von Seiten des betreffenden Betheiligten fehlt) dazu genüge, den Untergang des verzichtbaren Rechts herbeizuführen, oder ob zur Hervorbringung dieser Wirkung noch etwas Anderes, namentlich die Acceptation von Seiten des betreffenden Betheiligten, hinzutreten müsse[28]. Ist er-

---

hat in der Regel nur Ungültigkeit dieses, nicht auch Ungültigkeit der auf Grund desselben vorgenommenen Veräußerung zur Folge.

25) Über die Ableitung des Wortes Verzicht aus dem mhd. verzihen (verzîhen, zeihen d. i. sagen, melden) vgl. Böcking I §. 108 Note 1. — Eine Sammlung von Monographien über den Verzicht hat veranstaltet J. Schilter Tractatus praecipui de renunciationibus utpote H. Giphanii, A. Dalueri, H. Breulaei, B. Kellenbergii (Argent. 1701 4°); Graebe Die Lehre des Verzichts nach den Quellen bearbeitet 1843 (143 SS.), über diese unwissenschaftliche Compilation vgl. die Recension in Schneiders krit. Jahrb. 1845 S. 831—833.

25a) Unsere österr. Schriftsteller erschweren die Darstellung dadurch, daß sie nach dem Vorbild des A. L. R. I 16 §§. 378. 379 unter Verzichtleistung, Entsagung, Erlaß, ja unter Verzichtleistung selbst Verschiedenes verstehen, wodurch dann immer wieder die Frage entsteht, in welchem Sinn sie das betreffende Wort an einer gewissen Stelle nehmen vgl. z. B. Winiwarter V S. 124 vgl. mit IV S. 117.

26) Verzicht im weitern Sinn bedeutet jedes Aufgeben eines Rechts überhaupt, insofern liegt auch in der Veräußerung im engern Sinn d. h. in der Übertragung des Rechts auf einen Andern eine Verzichtleistung Bd I S. 479). Während aber die Veräußerung im engern Sinn nur eine subjective Endigung des Rechts herbeiführt, bewirkt der Verzicht im engern Sinn den objectiven Untergang desselben; vgl. Schilling II §. 96.

27) Dieß ist in der doppelten Weise möglich, daß das Recht entweder überhaupt zu existiren aufhört (z. B. Dereliction einer Sache, Erlaß einer Schuld), oder daß es aufhört als ein besonders selbständiges Recht in der Person eines Nachfolgers fortzubestehen (z. B. Remission eines dinglichen Rechts).

28) Hin und wider nimmt man schon in dem Begriff des Verzichts das Merkmal der Einseitigkeit auf (so auch in der Regel unsere Schriftsteller z. B. Zeil-

steres der Fall, so ist die einmal abgegebene einseitige Willenserklärung für den Berechtigten, der sie abgab, bindend, und er kann bei verändertem Willen nicht wieder davon abgehen, das heißt er kann diese Wirkung nicht mehr ungeschehen machen; ist letzteres der Fall, so kann der Berechtigte, der die Willenserklärung abgab, sie solange wieder zurücknehmen, also das Recht, das er aufgeben wollte, sich erhalten, als der andere Factor, der zu der Bewirkung des Untergangs des Rechts noch erforderlich ist, nicht hinzugetreten ist. Ist ersteres der Fall, so ist der Verzicht ein besonderes für sich bestehendes wenngleich universelles Rechtsgeschäft, und es läßt sich eine allgemeine Theorie desselben aufstellen; ist letzteres der Fall, so ist dieß unthunlich, da noch etwas Anderes hinzutreten muß, um den Untergang des Rechts herbeizuführen, und dieses Andere nach Verschiedenheit des aufzugebenden Rechts ein verschiedenes ist: der Verzicht erscheint dann als ein Gattungsbegriff, der in verschiedenen Rechtsgeschäften, deren Inhalt er bildet, zur Erscheinung kommt[29].

In der Regel geht ein bereits erworbenes uns zustehendes Recht[30] durch den bloßen Willen oder die einseitige Willenserklärung dasselbe

ler IV S. 175, Winiwarter IV S. 117, Ellinger ad §. 1444); allein diese Beschränkung, welche weder im Sinn des deutschen Worts Verzicht noch in dem des römischen renunciatio liegt (cf. l. 29 C. de pact. 2, 3 vgl. Savigny IV S. 544 Note o, Wächter II §. 84 Note 32) macht von vornherein die richtige Auffassung unmöglich. Wenn eine Gesetzesstelle vom Verlust eines Rechts durch Verzicht oder Entsagung spricht, so entsteht eben erst die Frage, ob darunter eine bloße einseitige Willenserklärung zu verstehen sei oder nicht. — Verschieden von dieser Frage ist die, ob der in einem Rechtsverhältniß Stehende gegen (nicht bloß ohne) die Zustimmung des andern Theils aus demselben heraustreten könne, ob er also durch seinen einseitigen Willen das Rechtsverhältniß aufzulösen im Stande sei (vgl. hierüber Savigny IV S. 547 fg.): beide Fragen werden öfters mit Unrecht vermischt (eine solche Vermischung findet sich auch in dem in der folgenden Note angeführten Aufsatz von Fritz, vermieden ist sie in dessen Erläuter. I S. 205. 206 und neuerdings bei Beseler System I §. 48 Note 6).

29) Vgl. hierüber Fritz im Archiv für die civil. Prax. Bd VIII Nr. XV „Über nicht acceptirte Renunciationen" (S. 380—395), Savigny IV S. 544 fg., Wächter II S. 643 fg., Sintenis I S. 226 fg.

30) Es kann sich hier nur um das Aufgeben eines uns bereits zustehenden Rechts handeln (vgl. Text zu Note 5 und 6), vom Verzicht auf ein erworbenes Recht: anders verhält es sich mit dem Ausschlagen (Repudiiren) eines zum Erwerb angebotenen Rechts, mit dem s. g. Verzicht auf ein deferirtes Recht d. h. auf die Erwerbung eines Rechts. In diesem Fall genügt allerdings die einseitige Willenserklärung der betreffenden Person (vgl. Fritz in der angef. Abh. §. 1); dieß gilt

aufzugeben nicht unter. Man hat zwar in dieser Beziehung öfters das Gegentheil gelehrt und behauptet, daß zum Erlöschen des Rechts die bloße Erklärung des Berechtigten, dasselbe nicht mehr haben zu wollen, genüge. Allein man hat bei dieser Behauptung einseitiger Weise alles Gewicht darauf gelegt, daß das Recht dem Berechtigten eine Macht, eine Herrschaft, gewähre, und daraus mit Unrecht gefolgert, daß, wie man beliebig seiner Macht entsagen, einer Herrschaft sich entäußern, ebenso durch seinen bloßen Willen ein zustehendes Recht aufgeben könne. Das Recht gewährt aber nicht bloß dem Berechtigten eine Macht, sondern es ist selbst eine reale Macht, ein reell Existirendes[31], das wie zu seinem Entstehen so zu seinem Untergang besonderer Vorgänge bedarf. So wenig das Recht durch den bloßen Willen dessen entsteht, der es erwerben will, so wenig geht es durch den bloßen Willen dessen unter, der es aufgeben will: zum Aufgeben eines schon erworbenen Rechts sind in der Regel nicht weniger Umstände erforderlich, als zum Entstehen desselben[32].

---

insbesondere in Ansehung eines deferirten Erbrechts, dessen Erwerb durch den einseitigen (nach österr. Recht vor der Abhandlungsbehörde §. 799 a. b. G. B. §. 116 Ges. v. 9. Aug. 1854) erklärten Willens des Delaten ebenso unwiderruflich (§. 806 a. b. G. B. l. 4 C. de repud. hered. 6, 31 l. 1 §. 6 D. de success. ed. 38, 9) abgelehnt, wie durch die entgegengesetzte einseitige Willenserklärung erworben wird (§. 799 a. b. G. B. Repudiare hereditatem, die Erbschaft ausschlagen, heißt die positive Erklärung abgeben, daß man die deferirte Erbschaft nicht annehme: denn repudiatio ist der Gegensatz von aditio cf. l. 17 pr. D. de A. vel O. H. 29, 2, nicht von acquisitio wie Puchta Vorles. II S. 426 sagt; über den Unterschied zwischen repudiare und omittere hereditatem vgl. Puchta a. a. O.): natürlich setzt eine solche Repudiation die geschehene Delation voraus l. 174 §. 1 D. de R. J.

31) Sehr deutlich tritt dieser Unterschied beim Besitz und Eigenthum hervor: der Besitz geht durch den bloßen Willen des Besitzers, nicht mehr zu besitzen, unter l. 3 §. 6 D. de acq. poss. 41, 2); das Eigenthumsrecht dagegen geht durch den bloßen Willen des Eigenthümers nicht verloren, sondern es ist noch ein besonderer Act, eine Realisirung dieses Willens erforderlich (Dereliction), um den Eigenthumsverlust herbeizuführen. l. 17 §. 1 D. de acq. poss. (41, 2) Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. (So verhält es sich in Beziehung auf das Aufgeben von Besitz und Eigenthum sicher auch nach österr. Recht, obwohl die §§. 349. 444 a. b. G. B. so textirt sind, als ginge der Besitz nur durch Dereliction der Sache, das Eigenthumsrecht dagegen schon durch den bloßen Willen des Eigenthümers verloren; vgl. Note 33.)

32) l. 35 D. de R. J. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. l. 100 eod. Omnia quae jure contrahun-

Dieß gilt vor Allem in Ansehung des Eigenthumsrechts: so wie das Eigenthum an einer herrenlosen Sache nicht durch den bloßen Willen erworben wird, sondern hierzu noch Besitzergreifung erforderlich ist (Occupation) so geht das Eigenthum auch durch den bloßen Willen des Eigenthümers nicht verloren, und wird dadurch allein die Sache nicht herrenlos, sondern es muß, um dieses zu bewirken, der Besitz der Sache in dieser Intention aufgegeben werden (Dereliction)[33]. Ebenso verhält es sich aber auch mit den dinglichen Rechten an fremder Sache (jura in re aliena): auch ihr Untergang wird nicht durch den bloßen Willen des Berechtigten herbeigeführt, sondern es bedarf dazu noch derselben Acte (mit entgegengesetztem Inhalt), die zu ihrem Entstehen erforderlich waren (vgl. Note 32)[34]. Ist daher zur Entstehung des dinglichen Rechts Eintragung in die öffentlichen Bücher (Intabulation) erforderlich, so ist zur Aufhebung desselben Löschung in den öffentlichen Büchern (Austragung, Extabulation) erforderlich (§§. 444. 445 a. b. G. B.)[35]; gehört zur Entstehung des dinglichen Rechts Tradition[36], so wäre eigentlich auch

---

tur, contrario jure pereunt l. 153 eod. l. 1 D. pro derel. (41, 7) — Iisdem modis res desinunt esse nostrae quibus acquiruntur. l. 80 D. de sol. (46, 3).

33) l. 1 l. 2 D. pro derel. (41, 7) §. 362 a. b. G. B. (vgl. auch §. 444 a. b. G. B., der sonderbar genug am Schluß des überhaupt manche nicht dahin gehörige Bestimmungen enthaltenden Hauptstücks „von Erwerbung des Eigenthums durch Übergabe" steht). Es versteht sich von selbst, daß der frühere Eigenthümer die derelinquirte herrenlose Sache selbst wieder occupiren kann, dafern sie nicht etwa mittlerweile schon von jemand Anderem occupirt wurde: es entsteht aber hierdurch für ihn das Eigenthum von Neuem. —

34) Vgl. hierüber die tüchtigen Ausführungen von Fritz Erläuter. I S. 385—392. 543—545; vgl. auch Sintenis I S. 227. 598, Wächter II S. 646, Savigny IV S. 547, Arndts §. 193 Anm. 2; mit Unrecht sind Vangerow I §. 127 Anm. und Puchta §. 190 Note k (zum Theil) entgegengesetzter Ansicht.

35) Im ältern röm. Recht war zur Begründung der Servituten (mit Ausnahme der servitutes praediorum rusticorum, welche durch Mancipation bestellt wurden) in jure cessio erforderlich (Gaj. II §. 30): daher wurden diese Rechte auch wieder durch Rückübertragung (in jure cessio) an den Eigenthümer aufgehoben Paul. R. S. III 6 §§. 28. 32 (— ispe usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem).

36) Dieß ist dort wo öffentliche Bücher nicht bestehen nach österr. Recht allerdings der Fall (§§. 451. 452. 481 a. b. G. B.); anders nach gemeinem Recht (zufolge der richtigen Ansicht) in Ansehung der Servituten und (unbestritten) in Ansehung der Hypotheken; wie diese dinglichen Rechte nach gemeinem Recht durch dinglichen Vertrag begründet werden, so werden sie durch dinglichen Vertrag (also nicht durch einseitige nicht acceptirte Willenserklärung) wieder aufgehoben l. 2 i. f. C. de rem. pign. (8, 26) — nam obligatio pignoris consensu

zur Aufhebung desselben Retradition erforderlich: allein man darf in dieser Beziehung wohl annehmen, daß schon der bloße dingliche Vertrag, das heißt die auf sofortige Aufhebung des dinglichen Rechts gerichtete übereinstimmende Willenserklärung genüge, um den Untergang desselben herbeizuführen (vgl. §. 467 a. b. G. B.)[37]. In gleicher Weise verhält es sich mit den Obligationen: auch hier bindet eine einseitige nicht acceptirte Willenserklärung des Gläubigers denselben nicht, sondern der Verzicht auf das Forderungsrecht wird erst durch den übereinstimmenden Willen beider Theile, also durch das Annehmen des Verzichts von Seiten des Schuldners (Erlaßvertrag, Nachlaßvertrag, Remissionsvertrag §. 1444 a. b. G. B.) wirksam[38]. Ebenso ist zur Wirksamkeit des

---

et contrahitur et dissolvitur l. 8 §. 1 sq. D. quib. mod. pign. (20, 6) §. 3 I. de usufr. (2, 4) — Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur. l. 64 §. 1 D. de servit. (8, 1) — servitus — remitti domino fundi servientis potest —.

37) Wollte man dieß nicht zugeben und an der strengen (auf gar viele Inconvenienzen führenden) Consequenz festhalten, so müßte man doch wenigstens aus dem auf Aufhebung des dinglichen Rechts, also auf Retradition gerichteten (obligatorischen) Vertrag der Betheiligten eine exceptio doli für den Belasteten und dessen Rechtsnachfolger entspringen lassen, wenn der Berechtigte oder dessen Rechtsnachfolger das fragliche Recht ausüben wollten, so daß also in dieser Beziehung für unser heutiges österr. Recht dasselbe gelten müßte, was die l. 4 §. 12 D. de exc. dol. mal. (44, 4) zunächst mit Rücksicht auf die eigentliche in jure cessio des älteren Rechts sagt: Quaesitum est, si cum fundi usumfructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit objicienda? Et hoc jure utimur, ut exceptio doli noceat (vgl. über diese Stelle Fritz I S. 390).

38) So lange also der Schuldner die Verzichtleistung nicht erfahren oder sie nicht acceptirt hat (§. 862 a. b. G. B.), steht dem Gläubiger die Forderung noch immer zu und er kann sie nach Belieben geltend machen z. B. durch Klaganstellung: hat aber der Schuldner die Verzichtleistung acceptirt, dann entsteht eben jener Erlaßvertrag, durch welchen das Schuldverhältniß aufgehoben wird: man kann daher einen Schuldner, der nicht frei werden will, nicht durch einseitigen Erlaß (wohl aber auf Umwegen durch Expromission befreien (l. 91 D. solut. 46, 3 Si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est non potest invitus a te solvi). Diese Ansicht, daß durch einseitigen d. h. vom Schuldner nicht acceptirten Verzicht die Forderung nicht verloren gehe, wurde schon von älteren Schriftstellern (vgl. z. B. Höpfner Institut. §. 732 Nr. 1, Wiener Heineccius I §§. 995. 996. 1031) vertheidigt, und ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern heut zu Tage die herrschende (vgl. Fritz im Archiv S. 391, Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 208—212, Savigny IV S. 128. 129, Wächter §. 84 Note 93). Dasselbe muß aber auch nach österr. Recht gelten und läßt sich nicht etwa aus dem (in mancher Beziehung eben nicht gelungenen) §. 939 a. b. G. B. das Gegentheil folgern und behaupten, daß die einseitige nicht acceptirte Verzichtleistung zwar keine

Verzichts auf Klagen (remissio actionis) oder Einreden (vgl. §. 937 a. b. G. B.), die aus einem Rechtsgeschäft zustehen oder entspringen können[39], oder auf singuläre Rechte (im subjectiven weitern Sinn Bd I §. 65 A), von denen einer bestimmten andern Person gegenüber Gebrauch gemacht werden könnte[40], ausdrückliche oder stillschweigende Acceptation dieses Verzichts von Seite des betreffenden Gegentheils erforderlich, und ingleichen ist der durch das deutsche Recht eingeführte Erbverzicht[41] nicht eine einseitige Wil-

Schenkung sei (weil hierzu ein Vertrag erfordert werde vgl. folg. §), immerhin aber das Erlöschen der Forderung bewirke (vgl. die richtigen Ausführungen von Precker „Über den vertragsmäßigen Schulderlaß" in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 II. Nr. XXXV §. 1—3). Kommen doch selbst jene älteren Schriftsteller (z. B. Kind Quaest. forens. Tom. IV. cap. 59 p. 294—298), welche die einseitige nicht acceptirte Verzichtleistung des Gläubigers für hinreichend halten, auf einem Umweg dahin diesen Act für wirkungslos zu halten, indem sie hinzufügen, daß dem Gläubiger, so lang der Schuldner nicht acceptirt habe, der Widerruf der Verzichtleistung beliebig frei stehe: wodurch gibt aber der Gläubiger den animus revocandi unzweideutiger zu erkennen, als indem er die Forderung einklagt?! — Das Nähere über den Nachlaßvertrag (§. 1444 a. b. G. B.) im Obl. R.; vgl. verläufig Arndts §. 267.

39) So kann man z. B. auf die Rechtsmittel verzichten, welche uns aus einem Kaufgeschäft zustehen, um dasselbe (durch Klage oder Einrede) anzufechten, wie z. B. auf die actio redhibitoria, quando minoris (l. 14 §. 9 D. de aed. ed. 21, 1 l. 39 D. de A. E. V.), auf das Rechtsmittel wegen laesio enormis (§. 935 a. b. G. B.), auf den Evictionsanspruch (§. 929 a. b. G. B.) u. s. f.; ebenso auf den Widerruf einer Schenkung u. s. f. (vgl. auch §. 1502 a. b. G. B. und oben §. 91 Note 86 §. 92 Note 14). Der Verzichtende behält natürlich die Rechtsmittel, welche gegen den Verzicht selbst etwa begründet sind, kann daher z. B. insbesondere wegen Betrugs den Verzicht angreifen (l. 14 §. 9 l. 39 cit.). — Auch eine bereits angestellte Klage kann man fallen lassen: geschieht dieß vertragsweise durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Übereinkunft mit dem Beklagten, so ist ein wirksamer Verzicht auf die Klage (litis renunciatio) nicht bloß auf die Instanz vorhanden (l. 4 C. de pact. 2, 3), welcher die prozeßhindernde Einrede der Verzichtleistung auf die Klage (s. g. exceptio litis renunciatae) begründet (vgl. §. 15 der provis. C. P. O. für Ungarn u. s. f., Bayer Vorträge §. 202). — Nicht zu verwechseln mit diesem Verzicht auf die Einreden ist die Verwirkung derselben durch Nichtvorschützung in dem betreffenden Prozeßstadium (vgl. A. L. R. I 16 §. 383), vgl. unten Note 57.

40) So kann man z. B. (wenn sonst kein Hinderniß entgegensteht) einem privilegirten Forum durch Vertrag mit dem Gegner entsagen (l. 51 C. de episcop. 1, 3 l. 29 C. de pact. 2, 3 Bayer Vortr. §. 73 II); einen andern Fall s. bei Arndts Pandekt. §. 361 Anm. 3 (Quilibet juri pro se introducto renunciare potest vgl. auch Bd I S. 586. 587).

41) Über die geschichtliche und dogmatische Entwicklung des Erbverzichts vgl. Beseler Die Lehre von den Erbverträgen Bd II Thl 2 (1840) §§. 24. 25 f. auch Beseler System II §. 161, Gerber System §. 264, Walter System §§. 436

lenserklärung des eventuell Erbberechtigten, sondern ein Vertrag[42] desselben mit dem Erblasser[43], worin und wodurch jener seinem Recht auf künftige Beerbung dem Erblasser gegenüber[44] entsagt.

Von dieser Regel, daß ein erworbenes Recht durch die bloße einseitige Erklärung des Berechtigten nicht verloren gehe, bestehen die Ausnahmen, daß das Recht[45] auf ein durch den Anfall sofort erworbenes

—439. Während manche moderne Gesetzgebungen (z. B. der Cod. civ. a. 791) in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des röm. Rechts (l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16 l. 3 C. de collat. 6, 20, Beseler Erbverträge II 1 S. 109 fg.) den Erbverzicht nicht anerkennen, kann er nach österr. Recht (§§. 537. 538. 551. 767 a. b. G. B.) allerdings rechtswirksam geschlossen werden, ist aber auch hier nicht etwa als obligatorischer Vertrag, eine künftig anfallende Erbschaft auszuschlagen, sondern als Vertrag (ohne obligatorischen Charakter) über das schon jetzt vorhandene Recht des Verzichtenden auf künftige Beerbung (gleichsam als ein Enterbungsvertrag) aufzufassen (vgl. Beseler II 2 S. 233 fg., Gerber §. 264 Note 1; vgl. Zeiller II S. 411 Nr. 3).

42) Der Erbverzicht ist also, so lange er von dem bestimmten Erblasser nicht acceptirt ist, wirkungslos: mit Unrecht behaupten unsere Schriftsteller (z. B. Michel im Magazin VII S. 290. 297 fg., Stubenrauch II S. 283. 285. 287, Ellinger ad §. 551) das Gegentheil, und leiten daraus den ebenso unrichtigen Satz ab, daß man im Allgemeinen auf alle künftigen Erbschaften überhaupt und unbestimmt verzichten könne (z. B. Zeiller II S. 411, Michel a. a. O. S. 287, Stubenrauch III S. 282), eine Behauptung, die sich auch durch Berufung auf §. 538 a. b. G. B. durchaus nicht vertheidigen läßt; das Nähere im Erbrecht.

43) Vgl. Beseler II 2 S. 236. Würde der eventuelle Erbe (z. B. der Testamentserbe) mit einem andern eventuellen Erben (z. B. dem nächsten Intestaterben) vor der Delation der Erbschaft einen Vertrag dahin schließen, daß jener auf die Erbschaft, falls sie ihm deferirt werden würde, verzichte, so läge nicht ein Erbverzicht (wie manche unserer Schriftsteller z. B. Ellinger ad §. 551, Michel S. 295 meinen), sondern ein pactum de repudianda hereditate vor (Stubenrauch II S. 284, vgl. Walter §. 439), worauf aber allerdings der §. 879 Nr. 4 a. b. G. B. anzuwenden ist (vgl. Beseler II 2 S. 344. 345).

44) Der Erbverzicht hat nur insofern einen juristischen Sinn, als man das Recht des künftigen Erben in seiner von der Willkür des Erblassers unabhängigen Existenz zum Gegenstand desselben macht: einen Erbverzicht auf eine testamentarische Erbeinsetzung gibt es nicht (vgl. Gerber §. 244 Note 2; unter unsern Schriftstellern herrscht hierüber Streit, das Nähere im Erbrecht). Der Erbverzicht kann entgeltlich (mittelst s. g. Abfindung) oder unentgeltlich geschehen; in diesem letztern Fall ist er aber nicht etwa als Schenkung zu betrachten (wie z. B. Zeiller II S. 411 behauptet), da der Erblasser durch diese Verzichtleistung nicht locupletior fit und ohne Bereicherung es keine Schenkung gibt (vgl. folg. § Nr. 3 und Beseler II S. 241, ein etwaiges argum. a contrario aus dem §. 939 a. b. G. B. wäre falsch).

45) Manche Schriftsteller (z. B. Fritz in der angef. Abh. §. 1, Savigny IV S. 546) sprechen bei dem Verzicht auf ein Legat nur von deferirtem Recht, während doch das Recht auf das Vermächtniß sofort durch den Anfall erworben ist, vgl. l. 5 §. 8 cit. (Note 8) und Wächter §. 84 Note 34.

Vermächtniß (§. 684 a. b. G. B.) durch einseitiges Ausschlagen erlischt[46], und daß manche Privilegien im engern Sinn[47] (Bd I §. 65 B) durch einen der Behörde einseitig erklärten Verzicht untergehen[48].

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Berechtigte zwar **mit** seinem Willen ein ihm zustehendes Recht ohne Übertragung desselben auf einen Andern aufgeben kann, daß aber dieser Untergang des Rechts in der Regel **durch** den bloßen Willen des Berechtigten allein nicht herbeigeführt wird, daß also der Verzicht durch verschiedene Rechtsgeschäfte (z. B. Dereliction, obligatorischer und dinglicher Remissionsvertrag, Erbverzicht) realisirt wird. Es läßt sich daher auch keine allgemeine Lehre vom Verzicht aufstellen[49], und was man sonst etwa als besondere für den Verzicht geltende Regeln anzuführen pflegt[50], sind nichts anderes als Anwendungen allgemeiner Rechtsgrundsätze auf das betreffende Rechtsgeschäft, in dem sich der Verzicht im concreten Fall vollzieht, wie die Regeln: ad renunciata non datur regressus[51], der Verzicht sei im Zweifel nicht ausdehnend auszulegen (arg. l. 24 C. ad Sc. Vellej. 4, 29), man müsse handlungsfähig sein um einen gültigen Verzicht zu leisten[52], der Verzicht gegen ein zwingendes

46) l. 38 §. 1 l. 44 §. 2 l. 86 §. 2 D. de leg. I §. 689 a. b. G. B. Es bedarf also zur Wirksamkeit des Verzichts nicht etwa einer Acceptation desselben von Seiten des Erben. So lange der Legatar nicht weiß, daß ihm das Vermächtniß angefallen sei, bleibt Alles in suspenso (l. 86 §. 2 D. de leg. I), schlägt er es aus, so wirkt dieses Ausschlagen ebenso nach rückwärts wie die Annahme: nach erfolgter Annahme d. h. unterlassener Ausschlagung findet ein einseitiger Verzicht nicht mehr statt.

47) Nemlich solche, welche dem Privilegirten ein Vermögensrecht gewähren, vgl. Bd I §. 65 Note 45.

48) So z. B. Erfindungsprivilegien oder Handels- und Gewerbsprivilegien; die Behörde, der die Erklärung (die Anheimsagung) gemacht wird, nimmt diese nur entgegen, acceptirt sie also nicht im technischen Sinn des Worts, gleichwie die Abhandlungsbehörde, der die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt wird (§. 799 a. b. G. B. §§. 115. 116 Ges. v. 9. Aug. 1854), diese Erklärung nicht acceptirt, sondern nur zu Protokoll nimmt.

49) Vgl. Puchta Pandekt. §. 48 Note h Vorles. I S. 105. 106. — Die Causa, aus welcher man verzichtet, kann so mannigfaltig sein als die Causa bei Rechtsgeschäften überhaupt: man kann unentgeltlich oder entgeltlich, schenkungshalber (donandi causa) vergleichshalber (transactionis causa, vgl. §§. 1380. 1381 a. b. G. B.) u. s. f. verzichten (vgl. Schweppe I S. 328).

50) Vgl. z. B. Schilling II § 96. Schweppe I §. 153 lit. c, Seuffert Pandekt. I §. 90 u. A.

51) cf. l. 29 C. de pact. (2, 3) l. 4 eod. l. 11 C. de R. C. (4, 1) l. 14 §. 9 D. de aedilit. ed. (21, 1).

52) cf. l. 9 §. 3 i. f. D. de transact. (2, 15) l. 5 §. 8 D. de rec. eor. (27, 9)

Gesetz (contra jus publicum[53] oder contra bonos mores[54]) sei nichtig, man könne nur auf sein Recht verzichten[55], der Verzicht habe die Vermuthung gegen sich und erfordere daher einen klaren Beweis[56] u. s. f. Überhaupt aber sind die Grundsätze, welche von den Rechtsgeschäften im Allgemeinen gelten, auch auf diejenigen anzuwenden, welche einen Verzicht enthalten. So kann namentlich eine Verzichtleistung nicht bloß durch ausdrückliche Willenserklärung, sondern auch durch concludente Handlungen (oben §. 85) gültig zu Stande kommen[57]: nur darf in der Regel daraus, daß man sein Recht im einzelnen Fall nicht ausübt oder fremden Eingriffen nicht widerspricht, nicht gefolgert werden, daß man auf das fragliche Recht habe verzichten wollen[58].

---

l. 33 D. de minor. (4, 4) §. 1444 vgl. §. 805 a. b. G. B.; cf. Giphanius in der Note 25 angef. Sammlung cap. 2.

53) cf. l. 16 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2) §. 803 a. b. G. B. vgl. auch Bd I §. 63 Note 23.

54) Es ist daher z. B. ein vorhinein geleisteter Verzicht auf Ansprüche, die aus unerlaubten Handlungen entstehen könnten (pactum de non praestando dolo futuro) ungültig, während auf einen aus einer bereits verübten unerlaubten Handlung erwachsenen Anspruch allerdings gültig verzichtet werden kann l. 27 §§. 3. 4 D. de pact. l. 1 §. 7 D. depos. (16, 3) l. 17 pr. D. commod. 13, 6; ebenso ist ein im vorhinein geleisteter Verzicht auf das Revocationsrecht einer Schenkung wegen Undankbarkeit wirkungslos (vgl. unten §. 98 Note 12). Vgl. A. L. R. I 16 §. 400.

55) cf. l. 3 pr. D. de transact. (2, 15) §. 551 a. b. G. B.

56) arg. l. 34 §. 2 D. de leg. II c. 5 X de renunc. (1, 9).

57) Vgl. z. B. l. 2 §. 1 D. de pact. (2, 14) l. 8 pr. D. quemadm. servit. amitt. (8, 6) und s. oben §. 85 Noten 10. 13. Man pflegt häufig in Fällen, in welchen eine Handlung oder Unterlassung des Berechtigten den Verlust des Rechts nach sich zieht (vgl. z. B. oben Note 39 a. E., oben §. 85 Note 15 a. E., ebenso im Fall des Ablaufs einer Frist zur Interposition eines Rechtsmittels), einen stillschweigenden Verzicht anzunehmen, also eine unwiderlegbare Rechtsvermuthung (praesumtio juris et de jure) aufzustellen (Manche z. B. Bayer Vorträge §. 139 B sprechen hier sogar von einem fingirten Verzicht): allein diese Annahme, welche sich aus dem Bestreben erklärt, die nachtheiligen Folgen einer Handlung oder Unterlassung auf den Willen des Berechtigten zurückzuführen, den Rechtsverlust gleichsam als einen selbstgewollten darzustellen, ist nicht nur überflüssig, sondern geradezu verwerflich.

58) Ausnahmen von dieser Regel finden sich zwar in den Quellen, indem in manchen Fällen aus der längeren und öfteren Nichtausübung eines Rechts gefolgert wird, daß man auf dasselbe überhaupt habe verzichten wollen (z. B. l. 26 D. de prob. 23, 3 l. 17 §. 1 D. de usur. 22, 1 vgl. Sintenis II §. 87 Note 17, Arndts Pandekt. §. 277 Anm. 3): aber „mit Unrecht hat man aus diesen bloß casuistischen Stellen Rechtsregeln ableiten oder andere Rechtsregeln widerlegen wollen“ Savigny IV §. 158 Note g.

Es wird häufig behauptet, daß ein **allgemeiner** Verzicht (renunciatio generalis) auf eine Mehrheit von Rechten oder Rechtsmitteln ungültig sei: allein diese Behauptung entbehrt alles Grundes, und ist vielmehr umgekehrt eine solche renunciatio generalis als gültig zu behandeln[59]. Ebenso unrichtig ist die Behauptung, daß ein Verzicht auf Rechte, von denen der Verzichtleistende keine Kenntniß habe, unwirksam sei, da die Bekanntschaft mit einem Recht nicht die unerläßliche Bedingung einer gültigen Verfügung über dasselbe ist, und man auch auf Rechte, über deren Existenz man im Ungewissen ist, auf den Fall hin, daß sie uns zustehen sollten, verzichten kann[60]. Daß aber ein Verzicht bloß auf dasjenige zu erstrecken sei, worauf er sich erweislich bezog, daß man also dem Verzicht nicht eine Ausdehnung und Beziehung geben darf, an welche die Parteien in der That nicht gedacht haben[61], ergibt sich von selbst aus der Natur des Verzichtes als eines Rechtsgeschäfts[62]. Und daraus ergibt sich auch, daß der Verzicht unwirksam ist, wenn er so unbestimmt und allgemein gefaßt ist, daß sich die Rechtsverhältnisse, auf welche sich die Verzichtleistung beziehen soll, im Voraus gar nicht übersehen lassen[63], weßhalb denn auch insbesondere eine allge-

---

59) Vgl. Wächter II S. 648. So kann man z. B. beim Kauf eines Thiers auf die Anfechtung des Kaufgeschäfts wegen irgend eines Mangels des Thiers gültig verzichten (cf. l. 14 §. 9 D. de aedil. ed. 21, 1), eben so bei einem Kaufgeschäft auf jedes Rechtsmittel, welches uns zur Anfechtung berechtigen würde (also z. B. auf die actio redhibitoria, auf die Klage wegen laesio ultra dimidium), wodurch aber die Rechtsmittel gegen den Verzicht selbst (z. B. wegen Betrugs vgl. Note 39) nicht aufgehoben werden.

60) Man kann daher z. B. bei einer Zahlung auf das Rechtsmittel der condictio indebiti für den Fall daß dasselbe begründet sein sollte, ebenso gültig verzichten, wie man sich umgekehrt bei einer Zahlung die Rückgabe des Gezahlten auf den Fall si apparuisset esse indebitum versprechen lassen kann (l. 2 pr. D. de cond. ind. 12, 6 l. 11 C. eod. 4, 5); vgl. Wächter S. 649 und Note 52; der Satz qui renunciat certus esse debet de jure suo, worauf sich z. B. Glück Bd XIII S. 108 fg. beruft, hat eine ganz andere specielle Bedeutung (cf. l. 12 §. 1 l. 15—17 l. 23 D. de A. vel O. H. 29, 2).

61) Vgl. z. B. §§. 467. 1389 a. b. G. B. und l. 3 §. 1 l. 5 l. 9 §. 3 D. de transact. (2, 15) l. 47 §. 1 D. de pact. (2, 14) l. 67 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 31 C. de transact. (2, 4) l. 22 §. 2 C. de furt. (6, 2).

62) Hieraus erklärt und rechtfertigt sich von selbst die Bestimmung des canon. Rechts c. 81 de R. J. in VI. In generali concessione non veniunt ea, quae quis non esset verisimiliter in specie concessurus (vgl. Rudorff in der Note 1 zu Puchta's Vorles. I S. 106).

63) Mit Recht sagt Pufendorf Obs. jur. lib. II obs. 43 — Verum puto

meine unbestimmte Verzichtleistung auf alle etwa möglichen Einwendungen gegen einen Anspruch ungültig ist (§. 937 a. b. G. B.)[64].

C. Schenkung*.

1) Begriff der Schenkung.

§. 95. Schenkung (donatio) im weiteren uneigentlichen Sinn bedeutet jede Liberalität oder doch jede vermögensrechtliche Liberalität, also jedes auf unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvortheils gerichtete Rechtsgeschäft[1]. Von dieser Schenkung im weitern Sinn muß die Schenkung im engern eigentlichen Sinn unterschieden werden, da bei dieser manche eigenthümliche Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen (besondere Formvorschrift, eigenthümlicher Widerruf)[2]. Zur Schenkung im eigentlichen Sinn gehört außer jener allgemeinen Voraussetzung, daß sie ein Liberalitätsact sei[3], noch insbesondere, daß dieses Rechtsgeschäft eine Minderung des bereits erworbenen Vermögens des Schenkers zum Vortheil des Beschenkten enthalte, und daß dieser mit der Zuwendung des Vermögensvortheils einverstanden sei. Die Schenkung im eigentlichen Sinn läßt sich somit als ein Rechtsgeschäft definiren, welches darin besteht, daß jemand (Schenker, Geber[3a], Schenkgeber, Donator) aus Liberalität durch

---

renunciationem generalem eatenus valere quatenus appareat, quid actum sit: ceterum si quid actum sit non appareat, nullius momenti est. — Vgl. A. L. R. I §§. 403. 404.

64) Dieß allein sagt die vielbesprochene l. 4 §. 4 D. si quis caut. (2, 11) vgl. Wächter §. 84 Noten 49. 50. 54.

*) Meyerfeld Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht Bd I (1835) Bd II Abth. 1 (1837; leider unvollendet geblieben), Savigny System IV §§. 142—176, Puchta Institutionen II §§. 205. 206, Schilling Lehrb. für Institut. III §§. 348—364.

1) Savigny §. 143, Böcking §. 106 §. m; vgl. jedoch auch Schilling §§. 348. 349.

2) Dieß allein ist der Grund, weßhalb es einer besondern und scharfen Hervorhebung dieses Begriffs bedarf; „die Schenkung würde gar nicht Gegenstand einer besondern Lehre sein, sondern nur die Absicht zu schenken als causa eines Rechtsgeschäfts in Betracht kommen, wenn nicht das Recht für solche Vermögensänderungen, denen diese Causa zum Grunde liegt, besondere Bestimmungen aufstellte." Arndts §. 80 Anm. 4, Savigny §. 142; a. A. auch in dieser Beziehung Schilling §. 350 Note a.

3) Jede Schenkung im eigentlichen Sinn ist eine Liberalität, aber nicht umgekehrt jede Liberalität eine Schenkung im eigentlichen Sinn (z. B. letztwillige Zuwendung, Precarium, Manumission); vgl. Meyerfeld I §. 1 Nr. 8, Savigny S. 10.

3a) In den älteren deutschen Quellen bedeutet Geben, Gabe (dare, do-

eigene Vermögensaufopferung einem Anderen (Beschenkten, Geschenknehmer, Empfänger, Donatar) einen Vermögensvortheil in der Absicht ihn zu bereichern zuwendet, welchen dieser in der gleichen Absicht annimmt. Die Merkmale, welche in diesem Begriff liegen, verlangen eine nähere Betrachtung.

1) Die Schenkung ist ein Liberalitätsact, das heißt ein Act uneigennütziger Gesinnung: die Zuwendung des vermögensrechtlichen Vortheiles muß somit freiwillig und unentgeltlich geschehen[4]. Es ist daher keine Schenkung vorhanden, wenn der Geber zu der Gabe rechtlich verbunden ist, da hier die Freiwilligkeit fehlt (donari intelligitur, quod nullo jure cogente conceditur l. 29 pr. D. de donat. 39, 5 l. 82 D. de R. J.)[5]; das Vorhandensein einer s. g. Liebespflicht (z. B. Verwandtenliebe, Freundschaft, Mitleid) schließt den Begriff der Liberalität nicht aus, daher insbesondere ein Dankbarkeitsact immerhin eine Schenkung sein kann (donatio remuneratoria, remuneratorische Schenkung §. 940 fg. a. b. G. B.; vgl. unten §. 99 Nr. 2). Ferner ist eine Schenkung nicht vorhanden, wenn gegeben wird, um den Empfänger rechtlich zu verpflichten, da hier das Moment der Unentgeltlichkeit (§. 938 a. b. G. B.) fehlt: wenn jemand also zu einem bestimmten Zweck gibt (dare ob causam, ob rem)[6] oder um gegen den Empfänger eine Forderung zu erwerben

---

nare, tradere) eine unentgeltliche Vermögenszuwendung (doch kommt Gabe so wie traditio auch in der Bedeutung von Übergabe, Auflassung vor z. B. Sachsensp. I 52 §. 1 II 6 §. 4), während Kaufen im Allgemeinen jeden onerosen Erwerb bezeichnet; vgl. Beseler Lehre von den Erbverträgen I S. 134. 135 II 2 S. 213.

4) Über dieses Merkmal der Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit vgl. Meyerfeld I §. 3. 4, Savigny S. 56—58; vgl. jedoch auch Schilling §. 348 Note o.

5) l. 18 D. de adim. leg. (34, 4) — cum nemo in necessitatibus liberalis existat. Es ist daher die Erfüllung eines an sich gültigen Schenkungsversprechens, die Zahlung des schenkungsweise Versprochenen, ebensowenig eine Schenkung, als die Erfüllung einer obligatio naturalis (l. 19 §. 4 D. de donat. 35, 5 vgl. §. 1432 a. b. G. B., Meyerfeld I §. 4 Nr. 4. §. 18, Savigny S. 53, Schilling §. 352 Nr. 1), oder der nothwendige Nachlaß des Pachtzinses (§. 1105 a. b. G. B.) eine Schenkung ist, sollte auch der Ausdruck Schenkung hierbei gebraucht worden sein (l. 15 §. 4 D. loc. 19, 2, Schilling §. 348 Note t).

6) l. 19 §. 5 D. de donat. (39, 5) Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem. §. 6 eod. Eine Schenkung ist also nur dann vorhanden, wenn jemand gibt, aber propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat l. 1 pr. D. h t., vgl. Meyerfeld I §. 5, Savigny IV S. 225 (vgl. über dieses Verhältniß der Causa auch Liebe

(ut alium obliget[7]) oder überhaupt gegen Entgelt die Aufopferung macht[8], so ist keine Schenkung vorhanden. Hiermit verträgt es sich aber immerhin, daß dem Beschenkten eine Auflage (vgl. oben §. 84) gemacht, also auf die Gabe eine Last gelegt wird: die donatio sub modo ist eine wahre Schenkung (vgl. unten §. 99 Nr. 3).

2) Die Schenkung ist eine Vermögenszuwendung[9a], durch welche das bereits erworbene Vermögen des Schenkers zum Vortheil des Beschenkten vermindert wird: der Schenker verschafft dem Beschenkten mit eigener Vermögensaufopferung einen pecuniären Vortheil, wodurch jener reicher, er selbst aber ärmer wird (pauperior fit)[9b]. Es ist daher in jenen Fällen zwar ein Liberalitätsact (Schenkung im weitern Sinn) nicht aber eine Schenkung im eigentlichen Sinn vorhanden, in welchen die angegebene Voraussetzung einer den Schenker ärmer machenden Vermögenszuwendung nicht zutrifft[10]. So liegt z. B. in

---

Stipulation §. 7, Gneist Formelle Verträge S. 116 fg., Bähr Die Anerkennung §. 9 fg).

7) l. 18 pr. D. h. t. — obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est. l. 3 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) l. 50 D. famil. ercisc. (10, 2); über den Gegensatz von donatio und negotium im engern Sinn vgl. Meyerfeld I §. 3 Nr. 4 fg.

8) l. 28 §. 2 D. de pact. (2, 14) l. 8 §. 5 D. quib. mod. pign. (20, 6).

9a) Als Vermögenszuwendung (id quod ad alium pervenit) erscheint auch das promissum, indem hierdurch eine Forderung, ein Nomen in das Vermögen des Andern übertragen wird (habetur enim quod peti potest. l. 143 D. de V. S.) und das Geschuldete nur noch nominell zum Vermögen des Schuldners gehört, sein Vermögen also insofern schon als vermindert erscheint (l. 39 §. 1 eod. l. 15 D. de R. J. l. 28 i. f. D. de neg. gest. 3, 5): dieß ist der Grund, weßhalb eine Schenkung auch obligando geschehen kann (vgl. später Text lit. c). — Man ist in neuerer Zeit gewöhnt die Schenkung als eine Veräußerung aufzufassen (vgl. z. B. Savigny S. 145 fg., Puchta §. 68, Vangerow I §. 121 Anm. Nr. II, Schilling §. 350 u. A.): allein mit Unrecht, da es Fälle gibt, in welchen die Schenkung nicht eine Veräußerung sondern nur ein Veräußerungsgeschäft ist, z. B. das Schenkungsversprechen, und in manchen Fällen der Schenkung gar keine Veräußerung vorhanden ist, vgl. z. B. Note 10.

9b) l. 31 §. 7 D. de donat. inter V. et U. (24, 1) — non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur l. 5 §§. 8. 13. 16. D. eod.

10) Es ist daher die Dereliction einer Sache, welche hierauf von einem Andern occupirt wird, keine Schenkung, weil die Dereliction zwar eine Veräußerung im weitern Sinn (vgl. vorherg. §) nicht aber eine Vermögenszuwendung an den Andern ist; sollte jedoch die Dereliction mit Bewußtsein und Absicht beider Theile statt der Tradition vorgenommen worden sein, so ist allerdings eine Schenkung vorhanden und es treten die Wirkungen ein, welche die Schenkung nach sich zieht (cf. l. 5 D. quae in fraud. cred. 42, 8): „die Dereliction ist also unter Voraussetzung jener besondern Umstände als Schenkung zu betrachten" (Savigny §. 155 Note h,

der unentgeltlichen Besorgung fremder Geschäfte, im Depositum, Commodat, in der unentgeltlichen Verrichtung einer Arbeit, im Precarium keine Schenkung im eigentlichen Sinn[11], da derjenige, der einen solchen Liberalitätsact vornimmt, hierdurch nichts von seinem bereits erworbenen Vermögen aufgibt[12]. Aus dem angeführten Grund ist ferner dann keine Schenkung vorhanden, wenn jemand bloß die mögliche Vermehrung seines Vermögens unterläßt, nicht aber einen bereits erworbenen Vermögensbestandtheil aufopfert[13],

---

Schilling §. 349 Note rr). Ebenso verhält es sich in jenen Fällen der Erlöschung resp. Erwerbung von Rechten, wobei der Wille des bisher Berechtigten an und für sich indifferent ist (Ersitzung, Klagverjährung, Erlöschung der Servituten durch Nichtgebrauch); hier ist selbst dann, wenn die Erlöschung resp. Erwerbung des Rechts mit dem Willen des bisher Berechtigten stattfindet, keine Schenkung vorhanden, weil die juristische Wirkung zwar mit dessen Willen, aber nicht durch seinen Willen eintritt (vgl. oben §. 78 Note 4 und §. 94 Note 10), also eine Vermögenszuwendung nicht stattfindet. Wäre aber in diesem Fall auf Seiten des bisher Berechtigten die Absicht vorhanden, dem Andern den Vermögensvortheil zu verschaffen, und wäre derjenige der ihn erwirbt, davon in Kenntniß und mit dem Verlierenden hierüber einverstanden (l. 44 pr. D. de donat. inter V. — et hoc et mulier noverit vgl. über diese Stelle Savigny S. 750 fg.), so ist auch in diesem Fall unter Voraussetzung dieser besondern Umstände zwar keine Veräußerung (vgl. vorherg. § Note 12) wohl aber eine Schenkung vorhanden (vgl. §. 94 Note 11), da eine Vermögenszuwendung resp. Verminderung und Erweiterung des Vermögens auf mittelbarem indirecten Weg stattfindet l. 44 pr. cit. (— quia transiit in causam ab eo factae donationis) l. 28 pr. D. de V. S. (Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi) l. 5 §§. 6. 7. D. de donat. inter V. 24, 1 l. 3 §. 1 l. 6 §. 8 D. quae in fraud. credit. 42, 8 (vgl. jedoch die vielfach abweichende Darstellung Savigny's Beilage IX).

11) Vgl. Meyerfeld §. 7 Nr. 5 fg., Savigny §. 145. Auch in dem Abschluß eines unverzinslichen Darlehens (gratuitam pecuniam utendam dare l. 10 §. 8 D. mand. 17, 1 im Gegensatz zum foenus) liegt keine Schenkung: die Schenkung ist ein unentgeltlicher Vertrag, aber nicht jeder unentgeltliche Vertrag ist eine Schenkung.

12) Nach der Ansicht Savigny's §. 146 soll dennoch in den angegebenen Fällen eine wahre Schenkung vorhanden sein, wenn der Geber durch dasselbe Geschäft anderwärts Geld hätte erwerben können, diesen Erwerb aber zu des Empfängers Vortheil freiwillig unterlassen hat, z. B. ein Pferdevermiether commodirt einem Freund eines seiner Miethpferde, oder ein Künstler oder Handwerker verrichtet die Arbeit unentgeltlich, oder der Eigenthümer überläßt jemandem die Wohnung in einem Miethhaus unentgeltlich u. s. f. (arg. l. 9 pr. §. 1 D. h. t. l. 18 D. de donat. int. V.); allein mit Unrecht, denn in all diesen Fällen liegt doch nur die Unterlassung eines möglichen Erwerbs nicht ein Vermindern des bereits vorhandenen Vermögens vor (nihil ex bonis suis deminuitur l. 31 §. 7 cit.); vgl. gegen diese Ansicht auch Schilling §. 349 Noten f. x §. 351 Note o.

13) l. 28 pr. D. de V. S. Qui occasione acquirendi non utitur, non in-

wenn also jemand aus Wohlwollen[14] zu Gunsten eines Andern den Erwerb eines Rechts unterläßt, z. B. eine angefallene Erbschaft oder selbst ein Legat ausschlägt, um dem Nachberufenen oder dem Erben den Vortheil zuzuwenden[15], oder das ihm angebotene Geschenk ausschlägt, oder als Gläubiger, dem etwas unter einer Bedingung versprochen ist, die Erfüllung dieser Bedingung[16] unterläßt[17]. Daraus daß die Schenkung eine den Schenker ärmer machende Vermögenszuwendung ist, ergibt sich von selbst, daß Erbeinsetzung und Vermächtniß keine Schenkungen sind[17a].

3) Zum Begriff der Schenkung gehört **Bereicherung** des

---

telligitur alienare; l. 5 §. 13 D. 24, 1 — neque enim pauperior fit, qui non adquirat sed qui de patrimonio suo deposuit. Vgl. Savigny S. 28 fg.

14) Denn geschieht dieß für Geld, so kann ohnehin von einer Schenkung nicht die Rede sein, z. B. l. 4 §. 11 D. de except. dol. mal. (44, 4) und l. 4 pr. §. 1 D. si omissa sit causa (29, 4).

15) l. 5 §§. 13. 14 D. de donat. inter V. cf. l. 5 §. 5 D. de J. D. l. 4 pr. D. si omissa sit causa (29, 4) vgl. vorherg. § Note 8 und Meyerfeld II §. 21 Nr. 9; ebenso wenn jemand den Testator bestimmt, nicht ihm sondern einem Andern die Erbschaft oder das Legat zuzuwenden, l. 6 §§. 2—5 D. quae in fraud. credit. (42, 8) l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. patr. (38, 5).

16) l. 6 §. 1 D. quae in fraud. (42, 8) l. 1 §. 6 cit.

17) Gewöhnlich rechnet man hierher auch noch den Fall, wenn der Gläubiger dem Schuldner die künftigen Zinsen erläßt oder sie herabsetzt (vgl. z. B. Savigny S. 37 fg., Puchta Vorles. I S. 155, Vangerow I S. 196, Sintenis I §. 23 Note 6 a. E., Schilling §. 349 Note s § 350 Note oo, Marezoll in der Gieß. Zeitschr. I S. 41 fg.): allein in dieser Allgemeinheit ist die Behauptung gewiß unrichtig. In dem Erlaß künftig verfallender Zinsen kann, wenn das Capital auf bestimmte Zeit z. B. 10 Jahre verzinslich ausgeliehen wurde, doch nicht das „bloße Ausschlagen eines Gewinns" gesehen werden; vielmehr ist hier, geradeso wie in dem Fall wenn dem Schuldner eine betagte Capitalsforderung erlassen wird, eine wahre Schenkung vorhanden, da (um der herrschenden Auffassung zu folgen, vgl. oben §. 83 Note 6) ein uns bereits zustehendes nur noch nicht fälliges Recht aufgegeben wird. Die Stelle des röm. Rechts, worauf man sich gewöhnlich für das Gegentheil beruft (l. 23 pr. D. h. t. Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere), stellt nicht in Abrede, daß hier eine wahre Schenkung vorhanden sei (wie Savigny §. 146 Note i meint), sondern sagt nur, daß bei dieser (wahren) Schenkung ein Verstoß gegen die lex Cincia und die Vorschriften über die Insinuation nicht stattfinde (nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere), wohl aus dem Grund, weil sich die ganze Schenkung in so viele einzelne Schenkungen auflöst als Zinsraten fällig werden und die Insinuation auf mehrere einzelne Schenkungen nicht anwendbar ist (Savigny S. 34 u. §. 166; vgl. auch Marezoll selbst S. 43). Jener Satz ist nur für den Fall richtig, daß das verzinsliche Darlehen nicht auf bestimmte Zeit, sondern etwa auf beliebige Kündigung gegeben wurde.

17a) Vgl. Meyerfeld I §. 8, Savigny §. 144; nur im uneigentlichen

Empfängers, reine Vermehrung des Vermögens desselben[18]: die Schenkung verschafft dem Empfänger einen Erwerb ex lucrativa causa[19]. Es ist daher keine Schenkung vorhanden, wenn durch das Rechtsgeschäft der Umfang des Vermögens des Empfängers nicht erweitert, sondern nur die Ausübung und Verfolgung eines bereits vorhandenen Rechts gesichert und befestigt wird; deßhalb liegt z. B. für den Gläubiger[20] keine Schenkung darin, daß jemand eine Bürgschaft für dessen Schuldner übernimmt oder ihm ein Pfand für seine eigene oder eine fremde Schuld bestellt, sollte auch der Schuldner selbst insolvent sein[21], und ebensowenig ist eine Schenkung vorhanden, wenn sich der Gläubiger des ihm von seinem Schuldner bestellten Pfandrechts begibt[22], da einerseits wegen der Fortdauer der Schuld das Vermögen des Gläubigers unvermindert bleibt, andererseits für den Schuldner aus dem bloßen Aufgeben des Sicherungsmittels eine Vermögenserweiterung nicht hervorgeht.

4) Zur Schenkung ist die Absicht den Empfänger aus freier Gunst zu bereichern, der s. g. animus donandi, erforderlich[23]. Wenn daher jemand z. B. aus Noth eine Sache unter ihrem wahren Werth

---

weitern Sinn wird das Legat eine donatio genannt, l. 36 D. de leg. II. §. 1 I de leg. (2, 20) Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta.

18) l. 5 §§. 8. 16 D. de donat. int. V. (24, 1) vgl. über dieses Erforderniß Savigny §. 149 (mit Unrecht ist Schilling §. 348 entgegengesetzter Ansicht).

19) Nicht aber ist jede lucrativa causa Schenkung z. B. Erbschaft und Legat (l. 108 §§. 5. 6 D. de leg. I. l. 83 §. 6 D. de V. O.) Meyerfeld I §. 1 Nr. 9, Savigny S. 11. 12; vgl. oben §. 78 II Nr. 2.

20) Eine Schenkung an den Schuldner kann allerdings darin liegen, dann nemlich, wenn die Verbürgung animo donandi, also in der Absicht geschah, das für ihn Gezahlte von ihm nicht zurückzufordern, l. 9 §. 3 D. ad Sc. Maced. (14, 6), Savigny §. 149 Note d.

21) l. 1 §. 19 D. si quid in fraud. (38, 5) — neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo. Schilling §. 352 Nr. 3. 4.

22) l. 18 D. quae in fraud. cred. (42, 8) l. 1 §. 1 l. 11 D. quib. mod. pign. (20, 6) cf. l. 8 §. 5 eod. vgl. Savigny S. 55. 129; aber auch in dem Erlaß des für eine fremde Schuld bestellten Pfandrechts so wie in dem Freigeben des Bürgen liegt keine Schenkung, da einerseits auch in der Bestellung eines solchen Sicherungsmittels eine Schenkung nicht liegt, und andererseits durch das Aufgeben desselben für den Gläubiger eine Vermögensminderung ebensowenig entsteht, als wenn der Gläubiger sich des von seinem Schuldner bestellten Pfandrechts begibt, obgleich doch auch dieser hinterdrein insolvent werden kann; vgl. Savigny a. a. O. (ohne haltbare Gründe ist Schilling §. 352 Erinner. S. 803. 804 entgegengesetzter Ansicht).

23) Savigny §. 152.

verkauft, oder umgekehrt, weil er der Sache dringend bedarf, sie weit über ihren Werth bezahlt, so ist eine Schenkung ebensowenig vorhanden, als wenn jemand einen Theil der Schuld vergleichsweise nachläßt, da hier nicht die Absicht vorhanden ist, den Schuldner zu bereichern, sondern vielmehr die Absicht, die Unsicherheit und die Kosten eines Rechtsstreits zu vermeiden[24]. Auch von diesem Standpunkt aus ergibt es sich, daß die Hingabe von Geld, um ein Darleihen zu contrahiren oder eine (wirkliche oder vermeintliche) Schuld zu bezahlen, nicht als Schenkung angesehen werden kann, da hier nicht donandi sondern credendi oder solvendi causa gegeben wird[25].

5) Mit dieser Ansicht des Gebers muß aber auch der Empfänger ausdrücklich oder stillschweigend übereinstimmen, also in der gleichen

---

24) In einem solchen Fall kann man nicht sagen, es finde ein theilweiser Erlaß der Schuld statt propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat (l. 1 pr. D. h. t.), sondern vielmehr hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse (l. 65 §. 1 D. de cond. indeb.), nicht der animus donandi, sondern die Scheu vor dem Prozeß ist die causa der Vermögensaufopferung (§. 1381 a. b. G. B. ist nur von dem gänzlichen Erlaß eines „zweifelhaften" d. h. streitigen Rechts zu verstehen). Ebenso kann es sich bei einem Accord der Gläubiger mit ihrem insolventen Schuldner verhalten, obwohl hier auch die Absicht zu schenken vorhanden sein kann, Savigny S. 81.

25) Vgl. die Gegensätze in l. 65 §. 4 D. ad Sc. Trebell. (36, 1) — si jussu meo traduntur (sc. res), cui ego — eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim; l. 49 D. de sol. (46, 3) — si jussu ejus alii solvitur vel creditori ejus vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat. Mit Rücksicht auf diese Stellen hat man behauptet, daß den Vermögenszuwendungen überhaupt nur eine dreifache Absicht (causa, animus) zu Grunde liegen könne, durch welche zugleich der juristische Charakter des betreffenden Rechtsgeschäfts näher bestimmt werde, der animus credendi, solvendi, oder donandi (vgl. z. B. Meyerfeld I §. 5 der hiernach die Stellung der Schenkung im System bestimmen will §. 9, Unterholzner Verjährungslehre I §. 108, Liebe Stipulation §. 7, Gneist Formelle Verträge S. 116 fg.). Allein mit Unrecht, da eine Vermögenszuwendung noch aus vielen andern Gründen z. B. conditionis implendae, transactionis, dotis constituendae causa stattfinden kann: wollte man alle diese Absichten unter dem Begriff des credendi causa stellen, so müßte in der That „der animus credendi so allgemein gefaßt werden, daß er alle Bestimmtheit verlieren und ganz zerfließen würde"; (vgl. Windscheid Voraussetzung S. 89 fg., Erxleben Die condictiones I S. 33 fg. II §. 6, Arndts §. 80 Anm. 2 §. 233, Bähr Die Anerkennung § 9 fg. vgl. auch Unger Die rechtl. Natur der Inhaberpap. §. 15). — Über Fälle, in welchen die Bereicherung nur die gelegentliche Folge von Familienverhältnissen, oder der eigentliche Beweggrund zur Handlung Pietät, nicht animus donandi ist, mithin eine Schenkung nicht vorhanden ist, vgl. Savigny S. 81—86.

Absicht die Gabe annehmen[26]. Es ist daher insbesondere keine Schenkung vorhanden, wenn jemand animo donandi eines Andern Schuld durch Expromission oder Zahlung tilgt[27], so lange jener dieß nicht erfahren und eingewilligt hat: freilich hat diese Handlung auch ohne Wissen ja selbst gegen den Willen des Bedachten ihre juristische Wirkung, indem der Schuldner liberirt wird[28], aber als beschenkt kann der liberirte Schuldner doch immer erst dann gelten, wenn er die Liberalität erfährt und acceptirt[29]. Ebensowenig ist ferner eine Schenkung dann vorhanden, wenn der Empfänger der geschenkten Summe ein Darleihen erhalten[30], oder der Empfänger der wissentlich gezahlten Nichtschuld ein Debitum empfangen zu haben

26) l. 19 §. 2 D. h. t. Non potest liberalitas nolenti acquiri; l. 69 D. de R. J. Invito beneficium non datur l. 156 §. 4 eod. Cic. Top. c. 8 i. f. — neque donationem sine acceptione intelligi posse. Die Frage, ob zum Wesen der Schenkung Annahme von Seite des Beschenkten (Acception) erforderlich sei, ist bekanntlich sehr bestritten; für die im Text aufgestellte Ansicht sind Puchta Institut. §. 205 Note p Vorles. I S. 157, Vangerow I §. 121 Nr. III, Arndts §. 80, Böcking I S. 366. 367 Note 12 und schon ältere Schriftsteller z. B. Höpfner Comment. §. 411 (und die daselbst Note 2 Angef.) und ebenso der Wiener Heineccius I §. 454 fg.; dagegen Savigny §. 160, Meyerfeld I §. 6, Schilling §. 349 Nr. 3 und Note kk §. 355 Nr. 3 nach österr. Recht (arg. §§. 938. 939) kann hierüber kein Zweifel herrschen (vgl. auch Stubenrauch III S. 121 lit. e).

27) Dieß ist nach österr. Recht möglich, da §. 1423 a. b. G. B. nur bestimmt, daß der Gläubiger nicht gezwungen werden könne, die Zahlung vom Dritten anzunehmen, vgl. Winiwarter IV S. 144 Note 2, Stubenrauch III S. 123 Note ** (diesen § des österr. Gesetzb. hat Savigny S. 295 mißverstanden).

28) Nur dieß sagen die von den Gegnern (Note 26) angeführten Stellen wie l. 8 i. f. D. de novat. (46, 2) — liberat autem me is qui quod debeo promittit etiamsi nolim l. 23 D. de solut. (46, 3) l. 91 eod.

29) Praktisch zeigt sich dieß darin, daß wenn der Dritte donandi animo gezahlt hat und später auf Regreß klagen will (§§. 1423. 1358 a. b. G. B.), der liberirte Schuldner sich, wenn er nicht zurückzahlen will, als Beschenkten geriren und darauf berufen kann, daß die Regreßforderung gar nicht entstanden sei (vgl. Note 38); will er zurückzahlen und ist der Dritte damit einverstanden, so hat die Sache gar keine Schwierigkeit; will der Schuldner die Liberalität nicht annehmen (liberalitatem non admittit is cui quis donatum voluit l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. cred.) und sträubt sich der Dritte, die Rückzahlung anzunehmen, so kann sich der Schuldner durch Depositirung der Summe (1425 a. b. G. B.) helfen; vgl. insbes. Böcking Note 12.

30) l. 18 pr. D. de R. C. vgl. über diese Stelle und ihren Widerspruch mit l. 36 D. de A. R. D. Savigny §. 161. S. 157—164.

glaubt[31]. — Es gehört somit zum Wesen der Schenkung **Willenseinigung** des Schenkers und Beschenkten; nennt man nun jedes Rechtsgeschäft, zu dessen Wesen ein Consens gehört, einen **Vertrag**, so ist jede Schenkung ein **Vertrag** im weiteren Sinn des Wortes (oben §. 93), nicht aber immer und nothwendig ein **obligatorischer** Vertrag.

Jede Schenkung ist eine Vermögenszuwendung: so mannigfaltig die Vermögenszuwendungen sind, so mannigfaltig kann die Schenkung sein[32]. Die Schenkung kann daher geschehen:

a) durch **Übertragung eines Rechts** des Schenkers auf den Beschenkten, dieses Recht kann ein dingliches (Eigenthumsrecht[33] oder jus in re aliena[34]), oder ein persönliches Recht (eine Forderung[35]) sein;

31) Vgl. hierüber **Meyerfeld** I §. 6 Nr. 12; ebenso verhält es sich in dem Fall, wenn zum Vortheil eines Andern Ausgaben in der Absicht gemacht werden, sie nicht wieder von ihm sich erstatten zu lassen (animo donandi, vgl. später im Text; auch hier gilt dann das Note 29 Ausgeführte; vgl. Note 38.

32) Vgl. die Detailausführungen bei **Savigny** §§. 155—158, **Meyerfeld** I §§. 10—16, **Schilling** §. 350.

33) Es ist hier von der sofortigen unmittelbaren schenkungsweisen Übertragung des Eigenthums (d. i. rerum donatio l. 23 D. de donat. int. V. 2, 1) also nicht von der Übertragung, welche erst die Folge eines obligatorischen Schenkungsversprechens ist, die Note l. 2 §. 5 D. h. t. Si pecuniam mihi Titius dederit **absque ulla stipulatione** —) z. B. jemand schenkt dem Andern zu dessen Geburtstag eine Uhr, oder einem Bettler eine Summe Geldes. Die Schenkung durch sofortige Übertragung des Eigenthums ist ein häufiger und wichtiger Fall (vgl. hierüber **Meyerfeld** I §. 10); die Eigenthumsübertragung aus reiner Liberalität heißt donatio im engsten und eigentlichen Sinn und selbst etymologisch soll ein Zusammenhang zwischen donare und dare bestehen l. 35 §. 1 D. de m. c. don. 39, 6 (Donatio dicta est a dono, quasi dono datum) l. 38 eod. l. 9 pr. D. h. t. vgl. **Meyerfeld** I §. 1 Nr. 6 und **Böcking** §. n.

34) l. 9 pr. D. cit. l. 27 eod. z. B. die schenkungsweise Bestellung einer Servitut l. 17 D. comm. praed. (8, 4); auch die schenkungsweise Überlassung der Ausübung des Ususfructus (l. 12 §. 2 l. 38 l. 40 D. de usufr. 7, 1) und die schenkungsweise Übertragung der Superficies und Emphyteusis vom bisher Berechtigten auf einen Andern gehört hierher (l. 1 §. 7 D. de superf. 43, 18; ob in der Bestellung einer Emphyteusis oder Superficies durch den Eigenthümer eine Schenkung gesehen werden könne, darüber vgl. einerseits **Meyerfeld** S. 155 fg., **Savigny** S. 118, andererseits **Schilling** §. 350 Note u). — In den meisten der in Note 33. 34 erwähnten Fälle besteht die Schenkung in dando.

35) **Meyerfeld** I §. 15. Eine solche Übertragung kann durch Cession geschehen (l. 2 l. 3 C. de donat. 8, 54 §. 1397 a. b. G. B.) oder durch Delegation, indem der Gläubiger (Delegant), der den Andern (Delegatar) beschenken will, seinem Schuldner (Delegaten) aufträgt, jenem zu promittiren (l. 2 §. 1 l. 21 §. 1 D. h. t.): diese Delegation kann auch complicirt vorkommen (l. 2 §. 2 l. 33 §. 3

b) durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten, z. B. durch Aufgeben eines dinglichen Rechts[36], durch den Erlaß einer Schuld (liberando, Erlaßvertrag, Remissionsvertrag §. 1444 a. b. G. B.[37]), durch Hinderung des Entstehens einer Forderung[38];

c) durch obligatorische Verpflichtung des Schenkers (obligando), wodurch der Beschenkte gegen den Schenker eine Forderung erwirbt. In diesem Falle ist ein obligatorischer Vertrag, ein s. g. Schenkungsversprechen vorhanden, das heißt ein Versprechen, das eine Schenkung enthält, dessen causa die Absicht

---

D. h. t.). — In manchen Fällen geschieht die Schenkung dadurch, daß der Geber die sonst für ihn entstehende Forderung unmittelbar auf den Beschenkten hinüber leitet z. B. l. 31 §§. 1. 3 l. 34 pr. l. 19 §. 3 D. h. t. l. 2 §. 1 l. 9 §. 8 D. de R. C. vgl. Savigny S. 122 fg. und folgend. § Note 4.

36) Z. B. der Servitutsberechtigte gibt sein Recht unentgeltlich auf (l. 17 D. comm. praed. — servitus donatione tollitur), oder der Emphyteuta oder Superficiar thut dieß (cf. l. 86 §. 4 D. de leg. I; vgl. Savigny S. 118, s. jedoch Schilling S. 771. 772).

37) Vgl. Meyerfeld I §. 13. Der Betrag der Schenkung ist in diesem Fall gleich dem Betrag der erlassenen Schuld (l. 115 pr. D. de R. J.), sollte auch der Schuldner insolvent sein (l. 31 §§. 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6); ob der Erlaß die Schuld unmittelbar (ipso jure, Acceptilation) oder mittelbar (ope exceptionis, pactum de non petendo) aufhebt, ist für den Begriff und die Existenz der Schenkung irrelevant; auch kann der schenkungsweise Erlaß durch concludente Handlungen geschehen z. B. durch freiwillige Rückgabe des Schuldscheins vor getilgter Schuld (l. 2 §. 1 D. de pact. l. 15 C. de solut. 8, 43) oder wissentliche Ausstellung einer Quittung über den Empfang einer nicht wirklich oder nicht vollständig geleisteten Zahlung (arg. l. 6 C. eod., Savigny S. 129): immer aber wird zur Existenz der Schenkung vorausgesetzt, daß die erlassene Schuld rechtsgültig und rechtswirksam bestanden habe, daß der Schuldner also nicht etwa durch eine perpetua exceptio sich schützen konnte (vgl. Schilling S. 773).

38) Wenn jemand die Geschäfte eines Andern ohne Auftrag besorgt, so erhält er in der Regel einen Anspruch auf den Ersatz der aufgewendeten Kosten (Regreßklage, actio negotiorum gestorum contraria); dieß setzt aber die Absicht voraus, den Geschäftsherrn zu verpflichten; hat der Geschäftsführer die Absicht den Geschäftsherrn durch diesen Aufwand zu beschenken, so entsteht eine Regreßforderung gar nicht (vgl. Savigny S. 130 fg, Meyerfeld I §. 14); z. B. jemand bestellt des Andern Landgut in der Absicht ihn mit den Saatkosten u. s. f. zu beschenken (l. 14 D. h. t.), oder jemand baut animo donandi auf fremdem Boden mit seinen Materialien ein Haus (cf. l. 2 i. f. C. de R. V. 3, 32), oder jemand zahlt oder expromittirt für einen Andern donandi causa (l. 7 §. 7 l. 50 D. de donat. int. V. l. 12 C. de neg. gest. 2, 19), oder jemand verbürgt sich animo donandi und zahlt die Schuld (l. 6 §. 2 D. mand. 17, 1 l. 4 D. de neg. gest. 3, 5 l. 32 D. de pact. 2, 14): in all diesen Fällen wird durch die Absicht zu schenken das Entstehen des Regreßrechts verhindert.

zu schenken ist[39]: das Schenkungsversprechen darf also nicht etwa als ein Versprechen künftig zu schenken (pactum de contrahendo) aufgefaßt werden.

Aus der gegebenen Darstellung ergibt sich von selbst, daß die Schenkung nicht ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft ist, etwa wie der Kauf, der Tausch, das Darleihen, sondern daß sie in den verschiedensten Formen hervortreten und durch die verschiedensten Acte realisirt werden kann. In allen Arten von Vermögensrechtsverhältnissen kann die Schenkung Änderungen bewirken: sie bezieht sich weder ausschließlich auf eine bestimmte Classe von Vermögensrechten, noch steht sie mit einem Rechtsinstitute in besonderem Zusammenhang. In dieser Universalität der Schenkung liegt die Rechtfertigung ihrer Stellung im allgemeinen Theil des Systems (vgl. die Anmerk. am Ende dieses §).

Die Schenkung ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (donatio inter vivos) oder auf den Todesfall (mortis causa donatio §. 956 a. b. G. B.)[40]. Die Schenkung auf den Todesfall ist eine Schenkung, deren Existenz vom Tod des Schenkers abhängig gemacht wird[41] (morte donatoris perficitur l. 32 D. h.t. 39, 6); entweder

---

39) Das Versprechen selbst enthält die Schenkung, das nachfolgende Geben ist bloß Erfüllung des Versprechens, also Bezahlung einer Schuld (vgl. Note 5 und Savigny S. 119). Die Eigenthümlichkeiten des Schenkungsversprechens (Befreiung von Verzugszinsen [l. 22 D. h. t. vgl. Bd I §. 13 Note 29], Nichthaftung im Fall der Eviction oder mangelhafter Beschaffenheit der Sache außer im Fall von Dolus [l. 18 §. 3 D. h. t. l. 62 D. de aedil. edict. 21, 1 §. 945 §. 922 a. b. G. B], Rechtswohlthat der Competenz [l. 19 §. 1 D. de re judic. 42, 1 vgl. §. 1354 a. b. G. B. und §. 363 lit. a A. G. B.]; über den Grad der Culpa, den der Schenker nach österr. Recht prästiren muß, s. unten §. 102) werden im Obl. R. dargestellt werden.

40) l. 67 §. 1 D. de V. S. Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa. §. 1 I. de donat. (2, 7) Donationis duo sunt genera, mortis causa et non mortis causa. Eben deßhalb ist es unrichtig, wenn Savigny §. 144 (und ihm folgend Stubenrauch III S. 119) als wesentliches Merkmal der Schenkung hervorhebt, daß sie ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sei; vgl. auch oben §. 78 II Nr. 3.

41) Es ist daher ungenau, wenn der §. 956 a. b. G. B. sich dahin ausdrückt, daß „die Erfüllung (der Schenkung auf den Todesfall) erst nach dem Tode des Schenkenden stattfinden soll", denn die mortis causa donatio ist nicht eine betagte, sondern eine bedingte Schenkung (vgl. Note 42); auch kann in vielen Fällen der m. c. donatio von einer Erfüllung der Schenkung (d. h. des Schenkungsversprechens) gar nicht die Rede sein, da der Beschenkte häufig die auf den Todesfall geschenkte Sache sofort und unmittelbar (vgl. Note 33) erhält (l. 38 D. h. t. 39, 6 Nam mortis causa donatur, quo praesens praesenti dat — l. 35 §. 1 eod. vgl. Savigny S. 243).

so daß sie gar nicht zu Stande kommt (Suspensivbedingung), oder wieder aufgelöst wird (Resolutivbedingung)[42], wenn der Schenker den Beschenkten überlebt[43]. Jede andere Schenkung ist eine Schenkung unter Lebenden[44]: nur von dieser wird hier die Rede sein, die Schenkung auf den Todesfall wird im Erbrecht dargestellt werden.

Anmerkung. In der älteren Zeit war es üblich, die Lehre von der Schenkung nach dem Vorbild der justinianischen Institutionen (I. de donat. 2, 7; vgl. hierüber Schilling §. 350 Erinner. 2) in der Lehre vom Eigenthum darzustellen, indem die Donatio als Datio, das heißt schenkungsweise Eigenthumsübertragung aufgefaßt wurde (vgl. Höpfner Comment. §. 408 fg., Wiener Heineccius I 454 fg.). Späterhin stellte man die Lehre von der Schenkung in's Obligationenrecht, indem man die Schenkung als einen eine Obligatio erzeugenden Vertrag (Schenkungsversprechen) auffaßte (so z. B. Heise Grundr. Buch 3 §. 207, Thibaut System §. 559 fg., Makeldey §. 421 fg., Mühlenbruch Pand. II §. 440 fg., Göschen Vorles. II 2 §. 536 fg., Seufert Pandekt. II §. 362 fg., Schilling a. a. O., vgl. über diese Stellung der Lehre im System Meyerfeld I §. 9, Savigny §. 142). Beides ist unrichtig, da sowohl das Schenkungsversprechen als die schenkungsweise Übertragung des Eigenthums nur einzelne Fälle der Schenkung sind. Den richtigen Platz im System wies dieser Lehrer zuerst Puchta (System des gem. Civilr. [1822] §. 35 Institut. II §. 205 Pandekt. §. 68 fg.) an, ihm folgte hierin Savigny IV §. 142 fg. und seither die meisten neuern Juristen, so Vangerow I §. 121 fg., Sintenis I §. 23, Arndts §. 80, Böcking §. 106 u. A. vgl. auch Schilling §. 350 Erinner. 4. Die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs haben nach dem Vorbild des westgalizischen Gesetzbuchs (Thl III Hauptstück 2) und des preußischen Landrechts (I 11 §. 1037 fg.) die Schenkung in's Obligationenrecht unter die obligatorischen Verträge gestellt (Thl II Abthl. II Hauptstück 18) und auch neue Gesetzentwürfe, wie z. B. der hessische und sächsische, haben das Gleiche gethan (vgl. hierüber Sintenis Zur Frage von den Gesetzbüchern S. 120 fg.). Allein schon der an die Spitze des betreffenden Hauptstücks gestellte, die Schenkung definirende §. 938 a. b. G. B. („Ein Vertrag, wodurch eine Sache jemanden unentgeltlich überlassen wird, heißt eine Schenkung") lehrt, daß die Schenkung selbst vom Standpunkt buchstäblicher Auffassung des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht immer und durchgängig als ein obligatorischer Vertrag (als ein Schenkungsversprechen) aufzufassen sei (daher es denn auch unrichtig ist, wenn Stubenrauch III S. 123 Nr. 5 behauptet, daß nach österreichischem

---

42) l. 1 pr. D. de donat. (39, 5) — donatio sub conditione — donatio, quae sub conditione solvatur qualis est mortis causa donatio, l. 27 l. 35 §. 2 D. de m. c. don. (39, 6).

43) l. 26 D. h. t. (39, 6) vgl. Savigny §. 170 Note g.

44) §. 2 I. h. t. Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. Eine Schenkung unter Lebenden ist daher auch jene, der eine Bedingung beigefügt ist, die erst nach dem Tod des Schenkers in Erfüllung gehen kann, l. 27 l. 35 §. 2 D. de m. c. don. (39, 6).

Recht das Schenkungsversprechen nicht ein besonderer Fall der Schenkung sei, sondern daß die Schenkung nach österreichischem Recht immer und überhaupt unter diese Gattung von obligatorischen Verträgen gehöre). Es konnte nemlich niemals verkannt werden, daß die Schenkung nicht immer ein eine Obligatio erzeugender Vertrag sei, sondern daß sie sehr häufig ja regelmäßig durch unmittelbare sofortige Eigenthumsübertragung zu Stande komme (z. B. Almosen an Bettler, Geburtstags-, Neujahrsgeschenke u. s. f. vgl. Note 33). Bei der Stellung dieser Lehre in's Obligationenrecht konnte man sich dieser Einsicht ebensowenig verschließen, als umgekehrt diejenigen Schriftsteller, welche die Lehre von der Schenkung in's Sachenrecht stellten, sich der Erkenntniß entziehen konnten, daß die Schenkung nicht immer durch sofortige Übertragung des Eigenthums zu Stande komme, sondern daß häufig ein bloßes Schenkungsversprechen stattfinde, welches durch die Übergabe der schenkungsweise versprochenen Sache erst erfüllt werde. Man suchte daher beide Momente mit einander zu verbinden und pflegte dies in der Art zu thun, daß man die Schenkung als die freiwillige Erklärung, der Promissar solle eine Sache unentgeltlich vom Promittenten erhalten, definirte und nunmehr die zwei Fälle unterschied, daß entweder die Sache sofort übergeben, oder nur versprochen werde, dem Promissar solle die Sache übergeben werden: im ersten Fall sei die Schenkung (als Tradition) ein modus acquirendi, im zweiten Fall (als bloßes Versprechen) ein titulus acquirendi (vgl. insbesondere Höpfner §. 408). Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs haben denselben Weg eingeschlagen (ebenso die Motive zum hessischen Entwurf Abthl. IV Buch II S. 39. 40), indem sie die Schenkung als den Vertrag definirten, „wodurch eine Sache unentgeltlich überlassen" werde: die Überlassung kann nemlich mit der sofortigen Übergabe verbunden sein (§. 943), oder nur im Versprechen zu übergeben bestehen. Das westgalizische Gesetzbuch, aus dem das bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811 hervorging, hatte in die Definition der Schenkung diese beiden Fälle ausdrücklich aufgenommen, indem es die Schenkung als einen Vertrag definirte (§. 50), „wodurch eine Sache oder ein Recht unentgeltlich übertragen wird, ohne Unterschied, ob die Übergabe sogleich oder erst später erfolge" (vgl. §. 51 eod.). Die Schenkung erscheint daher schon nach der Definition des §. 938 nicht immer als ein Schenkungsversprechen und man muß sich schon von diesem Standpunkt aus vor einer Identificirung des Schenkungsversprechens (des obligatorischen Vertrages) mit der Schenkung (als dem Schenkungsvertrag im w. S.) hüten, so sehr auch die Stellung dieser Lehre im Obligationenrecht zu einer solchen Verwechslung die Veranlassung zu geben scheint. — Daß aber die Definition, welche das bürgerliche Gesetzbuch von der Schenkung gibt, trotz dieser Verbindung von Datio und Promissio noch zu eng und lange nicht erschöpfend sei, kann selbst für den Fall nicht bezweifelt werden, daß man das im §. 938 gebrauchte Wort „Sache" in dem weiten Sinn nimmt, in welchem es sowohl körperliche als unkörperliche Sachen in sich begreift (vgl. Bd I §. 45 und die angeführte Stelle des westgalizischen Gesetzbuchs). Denn nunmehr fällt zwar die Bestellung eines dinglichen Rechtes sowie die Cession einer Forderung unter den Legalbegriff der Schenkung; aber was geschieht mit allen übrigen Fällen, in welchen doch unzweifelhaft auch eine Schenkung vorhanden ist (vgl. Dierl im Juristen XV S. 302. 303), wie z. B. mit dem schenkungsweisen Erlaß einer Schuld (Note 37),

welchen §§. 939. 1381 a. b. G. B. selbst als Schenkung bezeichnen, oder mit dem schenkungsweisen Aufgeben eines dinglichen Rechts (Note 36), mit der Schenkung durch Zerstörung einer Forderung in ihrem Entstehen (Note 38), mit der Schenkung durch Delegation (Note 35), von der Schenkung per interpositas personas (vgl. den folgenden §.) gar nicht zu reden? Während auf diese Weise die Legaldefinition der Schenkung eine zu enge ist, ist sie auf der andern Seite wieder viel zu weit, da sie nur das Merkmal der Unentgeltlichkeit enthält: es fehlt in ihr somit das Merkmal der Freiwilligkeit, während es doch keinem Zweifel unterworfen sein kann, daß auch nach österreichischem Recht (vgl. §§. 940. 941) die Freiwilligkeit zum Wesen der Schenkung gehöre, ferner das Merkmal der Bereicherungsabsicht (des animus donandi), obwohl doch auch in dieser Beziehung unzweifelhaft das Gleiche gilt (vgl. §§. 1380. 1381), und endlich das wichtige Moment der Bereicherung auf der einen Seite (locupletiorem fieri) und der Verminderung des Vermögens auf der andern Seite (pauperiorem fieri): daher kommt es, daß manche unserer Schriftsteller den Grund dafür, daß im Commodat oder Precarium keine Schenkung liegt, in dem Umstand finden wollen, daß hier nicht „eine Sache" [§. 938], sondern nur „der Gebrauch einer Sache" unentgeltlich überlassen werde [vgl. z. B. Winiwarter IV S. 116, genau so schon der Wiener Heineccius I §. 455], so wie man den Grund dafür, daß im unverzinslichen Darleihen keine Schenkung liege, obgleich hier doch „eine Sache" unentgeltlich überlassen werde, öfters darin finden wollte, daß bei dem Darleihen „zwar die individuelle Sache, nicht aber die Quantität veräußert werde" (vgl. z. B. Höpfner a. a. O.), während doch der Grund ganz einfach darin liegt, daß die Hingabe von Geld in jenem Fall credendi nicht donandi causa geschieht. —

2) Erfordernisse der Schenkung unter Lebenden[1].

§. 96. Die Schenkung kommt zu Stande (donatio perficitur[2]), indem jene juristische Handlung vorgenommen wird, durch welche die beabsichtigte unentgeltliche Vermögenszuwendung realisirt wird; nach Verschiedenheit des Gegenstands der Schenkung wird sich daher auch die Schenkung in verschiedenen Rechtsgeschäften verkörpern, z. B. durch sofortige unmittelbare Tradition der Sache, durch unmittelbare Bestellung oder Remission des dinglichen Rechts, durch Cession oder Delegation, durch Abschließung des obligatorischen (Schenkungsversprechen) oder liberatorischen Vertrags (Erlaß der Schuld). Die Schenkung kann aber auch durch Zwischenpersonen (per interpositas personas[3]) zu Stande kommen; so wenn der Empfänger eine origi-

---

1) Meyerfeld II §§. 23—25.

2) Vgl. Savigny S. 104. 105; über die verschiedenen Bedeutungen von donatio perfecta s. Schilling §. 350 Erinner. 3.

3) l. 4 D. h. t. (39, 5) Etiam per interpositam personam donatio consummari potest; vgl. Savigny S. 134.

näre Schuldforderung an einen Dritten bekommt[4], oder wenn der Beschenkte von der Schuld an einen Dritten durch Zahlung oder Expromission des Schenkers befreit wird (vergl. vorhergeh. § Note 37), oder wenn der Schenker eine fremde Sache mit Einwilligung des Eigenthümers tradirt oder diesem aufträgt, die ihm (dem Dritten) gehörende Sache dem zu Beschenkenden zu tradiren[5]. Diese Zwischenpersonen vermitteln jedoch bloß die Schenkung, welche zwischen andern Personen zu Stande kommt: die Zwischenperson selbst ist weder als Schenkgeber noch als Schenknehmer zu betrachten und steht selbst in gar keinem Schenkungsverhältniß[6].

Zur Gültigkeit der Schenkung wird vorausgesetzt, daß der Schenkende die Befugniß zur unentgeltlichen Veräußerung habe[7]; diese steht regelmäßig jedem zu, der die freie Verfügung über sein Vermögen

---

4) So z. B. wenn Jemand einem Dritten, sei dieser nun sein Schuldner oder nicht, Auftrag gibt, dem zu Beschenkenden zu promittiren; l. 2 §. 1 D. h. t. (39, 5) — valere donatio intelligitur, perinde ac si quemlibet alium debitorem pater jussisset pecuniam promittere (ei cui donatum voluit); dieser Fall kann dadurch complicirter werden, daß A dem B, B dem C 100 schenken will und B den A auffordert, diese 100 dem C zu promittiren, l. 2 §. 2 D. h. t. Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te qui mihi tantundem donare volebas jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est. l. 33 §. 3 eod. Oder wenn jemand sein Geld im Namen dessen, den er mit der Forderung beschenken will, als Darleihen gibt, oder seine Sache mit der Bestimmung deponirt, daß sie nicht ihm sondern dem Donatar zurückgegeben werden solle; l. 34 §. 1 l. 34 pr. l. 19 §. 3 D. h. t. l. 2 §. 4 l. 9 §. 8 D. de R. C. cf. l. 31 §. 3 h. t., über die Frage, wie und wann eine solche Schenkung perfect werde, vgl. Savigny S. 122 fg. 153.

5) l. 9 §. 2 D. h. t. — si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones —. l. 19 §. 3 eod. l. 26 pr. D. de donat. int. V (24, 1) l. 52 §. 1 eod. vgl. Savigny §. 156 Note b.

6) Es ist daher in den Fällen der Note 5 nicht der einwilligende oder den Auftrag ausführende Eigenthümer der Schenker (cf. l. 160 pr. D. de R. J.); ebensowenig ist in den Fällen der Note 4 der promittirende Schuldner der Schenker, sondern der Gläubiger, in dessen Auftrag er dem Dritten promittirt (l. 21 §. 1 D. h. t. — quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris). — Über die Frage, ob die Anfechtung der Schenkung auch auf das Rechtsgeschäft mit der Zwischenperson wirke, vgl. unten §. 98 Note 23.

7) l. 165 D. de R. J. Es versteht sich von selbst, daß zur Gültigkeit der Schenkung erforderlich ist, daß der zu Beschenkende den Gegenstand der Schenkung zu erwerben fähig sei, z. B. das Eigenthum an der beschenkten Sache; l. 9 §. 3 D h. t. vgl. Schilling §. 348 Note rr. §. 355 Nr. 2. — Über die Beschränkung der Beamten in der Annahme von Geschenken §. 105 des Strafgef.

hat (§. 944 a. b. G. B.[8]). In der Befugniß fremdes Vermögen selbst frei und unbeschränkt zu verwalten (libera administratio) ist die Befugniß zu schenken nicht enthalten, weil das Schenken nicht zur Vermögensverwaltung gehört (§. 1008 a. b. G. B.[9]). — Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten besteht nach österreichischem Recht nicht (§. 1246 a. b. G. B.[10]).

Zur Vollwirksamkeit eines Schenkungsversprechens ist nach österreichischem Recht (§. 943) schriftliche Errichtung desselben erforderlich[11]. Das bloß mündlich gegebene Schenkungsversprechen erzeugt zwar eine Forderung, aber nur eine unklagbare: die Schriftlichkeit ist somit das Erforderniß nicht der Gültigkeit, sondern nur der Klagbarkeit eines obligatorischen Schenkungsvertrags[12],

---

8) l. 23 §. 1 D. h. t. l. 28 pr. D. de pact. (2, 14). — Eine besondere Beschränkung findet nach österr. Recht nur in Ansehung der deutschen Ordensritter statt, welche bei Schenkungen, die den Betrag von 300 Dukaten übersteigen, die Einwilligung des Hochmeisters einholen müssen; Pat. 20. Juni 1840 §. 10 (Michel II Nr. 1244). Über Beschränkungen nach röm. Recht vgl. Sintenis I S. 210, Schilling §. 355; was insbesondere die Bestimmung des röm. Rechts betrifft, wonach Minderjährige, welche veniam aetatis erhalten haben, Grundstücke selbst mit Einwilligung der Obrigkeit nicht verschenken dürfen (l. 8 C. si maj. fact. 5, 74), so gilt diese Beschränkung nach österr. Recht nicht, da überhaupt nach österr. Recht der Grundsatz des röm. Rechts (l. 3 C. de his qui veniam 2, 45) nicht gilt, daß Minderjährige, welche die venia aetatis erlangt haben, ohne obrigkeitliches Decret ihre Grundstücke nicht veräußern dürfen.

9) l. 7 pr. D. h. t.; daher kann auch der Vormund nicht Sachen seines Mündels verschenken l. 22 l. 46 §. 7 D. de administr. et peric. tut. (26, 7) vgl. §. 233 a. b. G. B.; vgl. Savigny §. 142 Note e.

10) Vgl. über dieses Verbot Savigny §§. 162—164. Schon vor dem josephinischen Gesetzbuch I 3 §§. 81. 82 waren in Österreich Geschenke zwischen Ehegatten zuläßig, vgl. Zeiller III S. 626.

11) Nach §. 4 der Notar. O. vom 29. September 1850 war für Schenkungsverträge, welche „ohne wirkliche Übergabe" geschlossen werden, Errichtung eines Notariatsacts vorgeschrieben; diese Vorschrift ist in die Notar. O. v. 21. Mai 1855 nicht übergegangen.

12) Vgl. oben §. 86 Nr. I 3. — Der schriftlich geschlossene Schenkungsvertrag ist also nur in dem Sinn als Literalcontract aufzufassen, als der Schenker nicht durch die Schrift obligirt, sondern durch dieselbe die Obligatio nur zu einer civilis wird (cf. Gaj. III §. 134 und über diese Stelle Gneist Formelle Verträge S. 413 fg., insbes. S. 506). Dieser schriftliche Vertrag kommt wie jeder Literalcontract, wodurch nur ein Theil verpflichtet wird, durch Geben und Nehmen des Papiers (s. g. Begebungsvertrag) zu Stande (vgl. Unger Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 107—109; dieß ist auch der Grund, weßhalb die Schenkungsurkunde weder die Acceptation des Geschenknehmers enthalten noch von letzterem unterfertigt zu sein braucht, vgl. auch Nippel Material. I S. 134 fg.):

m. a. W. aus einem bloß mündlichen Schenkungsversprechen entsteht nur eine obligatio naturalis mit jenen Wirkungen, welche die Naturalobligationen überhaupt nach österreichischem Rechte herbeiführen[13]. Es ist aber wohl festzuhalten, daß es nur das Schenkungsversprechen somit der obligatorische Schenkungsvertrag (vgl. vorhergeh. § lit. c.) ist, zu dessen Vollwirksamkeit schriftliche Errichtung erforderlich ist: nur insofern bei einer Schenkung zwischen obligatorischem Versprechen und Erfüllung desselben zu unterscheiden ist[14], muß die schriftliche Form beobachtet werden, damit die Erfüllung des obligatorischen Schenkungsversprechens klagweise erzwungen werden könne; in allen übrigen Fällen dagegen kommt der Schenkungsvertrag in der Weise vollwirksam zu Stande, in welcher das betreffende Rechtsgeschäft, worin sich die Schenkung vollzieht, überhaupt zur Existenz gelangt. Es bedürfen daher Schenkungen, welche in der unmittelbaren Übertragung eines Rechts des Schenkers auf den Beschenkten bestehen (vgl. vorhergeh. § lit. a.), zu ihrer Vollwirksamkeit nur dieses Acts der Übertragung: wird also z. B. eine Sache schenkungsweise sofort tradirt (§. 943 a. b. G. B.) oder ein dingliches Recht schenkungsweise unmittelbar bestellt[14a], so ist hiermit die Schenkung perfect, während das obligatorische Versprechen schenkungsweise Eigenthum zu übertragen oder ein dingliches Recht zu bestellen, schriftlich gegeben werden muß, um ein klagbares Forderungsrecht auf Übertragung resp. Bestellung des dinglichen Rechts zu erzeugen[15]. Und

---

zur Ausstellung der schriftlichen Urkunde kann der Geschenkgeber, selbst wenn er versprochen hätte eine solche auszustellen, nicht klagweise genöthigt werden, da sonst indirect ein bloß mündliches Schenkungsversprechen dennoch vollwirksam wäre (vgl. auch Zeiller III S. 160).

13) Die Naturobligationen (worüber das Nähere im Obl. R.) bringen nach österr. Recht die (unerläßliche) Wirkung hervor, daß eine repetitio soluti nicht stattfindet (vgl. §. 1432 a. b. G. B.), dagegen erzeugen sie nach österr. Recht keine Einrede und können insbesondere nicht zur Compensation verwendet werden (vgl. Zeiller IV S. 166 Nr. 3).

14) Auf diesen Gegensatz deutet das Wort „wirkliche" (d. i. sofortige, unmittelbare) Übergabe im §. 943 a. b. G. B. hin; vgl. Helm in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1828 S. 267. 268.

14a) Dort wo öffentliche Bücher bestehen, vertritt die Stelle der sofortigen Übertragung des dinglichen Rechts die unmittelbare Ausstellung der mit der Einverleibungsclausel versehenen Tabularurkunde (§§. 434. 435 a. b. G. B.).

15) Auch bei der Cession einer Forderung läßt sich zwischen einem Rechtsgeschäft, wodurch der Forderungsberechtigte verpflichtet wird, seine Forderung abzu-

in gleicher Weise werden Schenkungen, welche im Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten bestehen (vorhergeh. § lit. b), dadurch perfect, daß der Act vorgenommen wird, durch welchen das Aufgeben des Rechts bewirkt wird[16] (vgl. oben §. 94 Nr. II): ist insbesondere das schenkungsweise aufzugebende Recht ein Forderungsrecht, so ist die Schenkung vollkommen perfect, sobald der Erlaßvertrag (§. 1444 a. b. G. B.) wenn auch nur mündlich abgeschlossen ist, da diese Schenkung nicht durch einen obligatorischen Vertrag (im engern Sinn), von dem allein §. 943 a. b. G. B. zu verstehen ist, sondern durch einen liberatorischen Vertrag zu Stande kommt und die durch denselben beabsichtigte in der unmittelbaren Aufhebung oder mittelbaren Entkräftung[17] der Obligatio bestehende Wirkung sofort

---

treten und dem Rechtsgeschäft, wodurch die Forderung selbst wirklich abgetreten wird (Abtretungsvertrag, Cession §§. 1392. 1395 a. b. G. B.), vgl. A. L. R. I 11 §§. 376. 377) unterscheiden, ja nach österr. Recht soll jenes den titulus acquirendi, dieses den modus acquirendi bilden (vgl. oben §. 72 Note 34); wird schenkungsweise bloß zu cediren versprochen, verpflichtet sich also nur jemand, donandi causa seine Forderung abzutreten, so muß dieses Versprechen, um klagbar zu sein, schriftlich errichtet werden, während die Schenkung vollkommen perfect ist, wenn sofort die Forderung cedirt, also der Act vorgenommen wird, durch welchen der Übergang der Forderung bewerkstelligt wird; worin nun aber nach österr. Recht dieser Act, durch welchen die Cession selbst zu Stande kommt, bestehe, das kann erst im Obl. R. untersucht werden.

16) Dort wo öffentliche Bücher eingeführt sind, kommt die schenkungsweise sofortige Remission des intabulirten dinglichen Rechts durch unmittelbare Ausstellung der Löschungsbewilligung zu Stande.

17) Der Erlaß- (Nachlaß-) vertrag §. 1444 a. b. G. B.) kann nemlich die Obligatio gänzlich gleichwie durch Zahlung tilgen, also unmittelbar (ipso jure gleich der römischen Acceptilatio) das Erlöschen der Obligatio zur Folge haben, oder die Obligatio fortbestehen lassen und dem Schuldner eine Einrede gewähren, wodurch er sich gegen die Geltendmachung der Forderung schützen, dieselbe also mittelbar unwirksam gemacht werden kann (ope exceptionis, pactum de non petendo vgl. oben §. 73 Note 4). Im heutigen gemeinen und österr. Recht kann der formlose Erlaßvertrag diese doppelte Wirkung haben, er kann die Obligatio schlechthin vernichten oder dem Schuldner bloß eine Einrede (im technischen Sinn) gewähren (vgl. Arndts §. 267, Scheurl Beiträge II 14 und dazu Arndts in der krit. Übersch. Bd. II S. 154 fg.); welche dieser beiden möglichen Wirkungen der Erlaßvertrag im concreten Fall habe, das hängt vom besondern Sinn und Inhalt des Vertrags ab: im Zweifel ist wohl schon nach gemeinem Recht (arg. l. 47 D. de O. et A. a. A. Arndts §. 267) gewiß aber nach österr. Recht die stärkere Wirkung, also der unmittelbare Untergang der Obligatio anzunehmen (§. 1444 a. b. G. B. — „der Gläubiger kann seinem Recht zum Vortheil seines Schuldners entsagen und hiedurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben"); das Nähere im Obl. R.

und unmittelbar durch die Abschließung desselben hervorgebracht wird[18].

3) Schenkung eines Vermögens[1].

§. 97. Nicht bloß einzelne Vermögensgegenstände, Sachen und Rechte, sondern auch das Vermögen als solches kann Gegenstand

18) Wirkt der Erlaßvertrag, wie dieß die Regel ist (Note 17), gleich der Acceptilatio, so ist durch die Schließung desselben sofort und unmittelbar die ganze Obligatio aufgehoben; wirkt der Erlaßvertrag nur gleich einem pactum de non petendo, so ist durch die Abschließung sofort für den Schuldner die exceptio pacti conventi begründet: in beiden Fällen bedarf es daher zur Vollwirksamkeit des schenkungsweisen Erlaßvertrags nicht der schriftlichen Form, da diese nur nöthig ist, um für den Beschenkten ein Klagrecht, eine klagbare Forderung zu begründen §. 943 a. b. G. B., der Schuldner aber durch die Abschließung des Erlaßvertrags sofort um den Betrag der Schuld bereichert erscheint, also den Vermögensvortheil schon hat l. 115 pr. D. de R J. Si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse (§. 1444 a. b. G. B. unterscheidet daher auch nicht weiter und verweist auch nicht auf §. 943). — Diese Frage, ob zur Wirksamkeit des schenkungsweisen Schulderlasses eine schriftliche Urkunde nöthig sei, ist unter unsern Schriftstellern sehr lebhaft bestritten; Zeiller spricht sich hierüber nicht besonders aus, doch ist aus seiner Darstellung (III S. 161 Nr. 2) zu entnehmen, daß er der hier vertheidigten Ansicht ist, die auch von Nippel (VI S. 221. 222) und Winiwarter (V S. 124. 125) vertheidigt wird (nur irrt Winiwarter, wenn er meint, daß der Erlaßvertrag schriftlich geschlossen werden müsse, wenn der befreite Schuldner gegen den frühern Gläubiger eine Klage z. B. auf Rückstellung der Schuldurkunde erlangen solle: sobald die Schuld durch den Erlaßvertrag ipso jure getilgt ist, hat der Gläubiger die Schuldurkunde sine causa und der befreite Schuldner hat gegen ihn ohne weiteres die condictio sine causa l. 2 C. de cond. s. c. 4, 9 §. 1435 a. b. G. B.); dagegen sind die andern Schriftsteller wie z. B. Ellinger ad §. 934, Prockner über den vertragsmäßigen Schulderlaß in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 II Nr. XXXV §. 4 fg., Stubenrauch III S. 127. 128 und wie es scheint auch unsere Gerichte (vgl. den von Kubasta mitgetheilten Rechtsfall in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1841 II S. 121 fg. und die Entscheidung des oberst. Gerichtsh. v. 26. Sept. 1854 allg. österr. Gerichtszeit. 1855 Nr. 7) der entgegengesetzten Ansicht, für welche sich m. m. E. auch nicht ein stichhaltiger Grund vorbringen läßt und die denn auch von jenen Schriftstellern mit den sonderbarsten Argumenten und mit noch sonderbareren Beschränkungen (vgl. z. B. Ellinger ad §. 943) vertheidigt wird, indem sie den Erlaßvertrag wie einen Vertrag, die dem Gläubiger zustehende Forderung dem Schuldner zurückzugeben, auffassen und von einer symbolischen Rückgabe der Forderung durch Aushändigung des Schuldscheins oder Ausstellung einer Erlaßquittung sprechen (z. B. Stubenrauch a. a. O.). — Natürlich muß vom Erlaßvertrag der präparatorische Vertrag, eine Schuld donandi causa künftig zu erlassen, d. i. der obligatorische Vertrag den liberatorischen Vertrag abzuschließen, wohl unterschieden werden.

1) Meyerfeld II §. 21, Savigny §. 159, Schilling §. 362.

einer Schenkung sein (universitatis donatio l. 35 §. 4 C. de donat. 8, 54 §. 944 a. b. G. B.). Da es sich hier um das Vermögen als ideale Einheit, als Gesammtheit aller Vermögensrechtsverhältnisse (universitas juris Bd I §. 57 Nr. III) handelt[2], so kann eine solche Schenkung nur durch ein Schenkungsversprechen zu Stande kommen[3], welches nach österreichischem Recht (§. 943) schriftlich eingegangen sein muß, um ein klagbares Recht zu erzeugen. Die Schenkung eines Vermögens als Ganzen[4] kann in verschiedener Gestalt vorkommen: als unbeschränkte Schenkung des ganzen Vermögens (s. g. donatio omnium bonorum), oder eines aliquoten Theils des Vermögens[5]; mit Vorbehalt eines Nießbrauchs[6]; mit Vorbehalt einzelner Vermögensstücke, welche nicht geschenkt sein sollen[7]; mit der Verpflichtung des Empfängers (Modus) dem Geber Alimente zu entrichten[8]; mit der ausdrücklichen Verpflichtung des Empfängers (Modus) die Gläubiger des Schenkers abzufinden[9]; mit dem Vorbehalt der Disposition über alles Geschenkte oder doch eine gewisse Summe oder Sache[10].

Bei der Schenkung eines ganzen Vermögens oder einer Quote desselben wird unter Vermögen im Zweifel das Vermögen im engern eigentlichen Sinn (Bd I §. 47 a. E.) verstanden, somit dasjenige, was sich nach Abrechnung des Betrags der zur Zeit der Schenkung

---

2) Von der Schenkung des ganzen Vermögens unterscheidet sich das Schenken durch sofortige reelle Übertragung aller einzelnen Vermögensbestandtheile; dieses letztere ist nicht Eine Schenkung, sondern ein Inbegriff mehrerer, wenn auch gleichzeitig und an denselben Donatar (cf. l. 42 pr. D. de m. c. d. 39, 6) gemachter Schenkungen.

3) Vgl. hierüber insbesondere Meyerfeld Nr. 1

4) Über die Bedenken, welche ältere Juristen gegen die Zuläſſigkeit der Schenkung eines ganzen Vermögens hatten vgl. Meyerfeld Nr. 3.

5) l. 35 §. 4 C. de donat. (8, 54) Sed et si quis universitatis faciat donationem, sive bessis sive dimidiae partis suae substantiae sive tertiae sive quartae sive quantaecunque vel etiam totius —.

6) l. 35 §. 5 C. h. t., Meyerfeld Nr. 5.

7) l. 37 §. 3 D. de leg. II Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis — donavit.

8) l. 1 C. de donat. quae sub mod. (8, 55).

9) l. 15 l. 22 C. de donat. (8, 54) l. 2 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6).

10) Dieß ist im Grund nichts anderes als ein stipulirtes Widerrufsrecht l. 37 §. 3 cit., Meyerfeld II S. 22 fg.

vorhandenen Schuld als reine Activmasse herausstellt[11] (Bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt l. 39 §. 1 D. de V. S.). Der Schenker, der das Schenkungsversprechen (freiwillig oder in Folge richterlichen Urtheils) erfüllt, ist daher befugt, den Betrag der zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden gewesenen Schulden vom Vermögen sofort abzuziehen[12]; hätte er das Vermögen abgeliefert, ohne diesen Abzug zu machen, so ist er befugt, das Zuvielgezahlte zurückzufordern[13]. — Wenn der Schenker ausdrücklich sein ganzes Vermögen[14] ohne Abzug der Schulden (also das

11) l. 72 pr. D. de J. D. — non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno vgl. Bd I §. 47 Note 42.

12) Dieß ergibt sich auch schon daraus, daß der Schenker das ihm gemeinrechtlich zustehende beneficium competentiae in der Art geltend machen kann, daß er die Schulden, die er vor dem Schenkungsversprechen und zwar ex onerosa causa contrahirt hat, abziehen darf, und dann noch so viel als jenes beneficium sonst mit sich bringt für sich behalten kann l. 19 §. 1 D. de re judic. (42, 1) Is qui ex causa donationis convenitur in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno — imo nec totum quod habet extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat. l. 49 l. 50 eod. l. 12 D. h. t.

13) Der Schenker hat hier nemlich irrthümlich (z. B. aus Unkunde, daß er Schulden hat) mehr gegeben als er zu geben schuldig war, dieses Mehr besitzt der Empfänger sine causa; es ist daher gegen ihn die condictio sine causa (arg. l. 1 pr. §. 3 D. de cond. s. c. 12, 7) oder die condictio indebiti zulässig (arg. l. 26 §. 3 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12, 6 l. 40 §. 1 eod. — si sine deductione — tradiderit posse incerti condici quasi plus debito dederit); vgl. Schilling §. 362 Note ii. Dieß ist jedoch nicht unbestritten, indem manche Schriftsteller (z. B. Meyerfeld II S. 32) die Zulässigkeit der Condiction läugnen. Meyerfeld Nr. 7 sowohl als Savigny S. 137 nehmen einen stillschweigenden Vertrag an, wodurch sich der Beschenkte, dem das Vermögen ohne Abzug geliefert wurde, zur Bezahlung aller Schulden des Schenkers verpflichtet habe: allein diese Fiction einer Auflage ist in manchen Beziehungen bedenklich und jedenfalls überflüssig. Die Gläubiger des Schenkers sind nemlich auf alle Fälle gedeckt: hat der Schenker irrthümlich den Abzug unterlassen, so können sie auf Abtretung der Condiction dringen, hat er obgleich wissend, daß er Schulden habe, den Abzug nicht gemacht, so haben die verkürzten Gläubiger die actio Pauliana (l. 17 §. 1 l. 6 §. 11 D. quae in fraud. cred. 42, 8); nach österr. Recht haben die Gläubiger in beiden Fällen das Rechtsmittel des §. 953, da nach österr. Recht, abweichend vom gemeinen Recht, diese Klage nicht durch ein doloses Handeln des Schuldners (fraudationis causa gestum l. 1 pr. D. l. c.) bedingt ist.

14) Hätte der Schenker nur eine Quote seines Vermögens verschenkt oder so viele einzelne Sachen von der Schenkung ausgenommen, daß ihm noch genug erübrigt, um seine Schulden zu bezahlen, so erscheinen die Gläubiger nicht als verkürzt, sollte der Schenker auch das Bruttovermögen als Einheit angenommen oder verschenkt haben; Savigny §. 159 Note l.

s. g. Bruttovermögen) verschenkt, so liegt hierin sowohl auf seiner Seite als auf Seite des Empfängers ein Dolus und den durch diese Schenkung verkürzten Gläubigern steht das Rechtsmittel des §. 953 a. b. G. B. (actio Pauliana) zu Gebote, womit sie von dem geschenkten Vermögen soviel zurückerhalten als zur Bezahlung der Schulden nöthig ist[15].

Die Schenkung eines ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theils desselben bewirkt niemals eine Universalsuccession (oben §. 74 Nr. II): es muß daher jedes einzelne zum geschenkten Vermögen gehörige (der Substanz oder doch der Ausübung nach) übertragbare Recht[16] auf die entsprechende Weise (also körperliche Sachen durch Tradition[17], Forderungsrechte durch Cession[18], der Nießbrauch durch Überlassung der Ausübung u. s. f.) dem Beschenkten zugewendet werden[19]. Durch die Schenkung des ganzen Vermögens hört daher auch der Schenker nicht auf Schuldner seiner Gläubiger zu bleiben und diese können sich, weil das Vermögen nicht per universitatem übergeht und der Erwerber desselben in keinem Schuldverhältniß zu ihnen steht, wegen ihrer Forderungen nur an den Schenker, nicht an den Beschenkten halten[20]; insofern jedoch die Gläubiger des Schen-

---

15) Savigny S. 139. 140.

16) Die ihrer Natur nach an die Person des Schenkers gebundenen Rechte (s. g. höchstpersönliche Rechte Bd I §. 64 A.) verbleiben natürlich bei ihm.

17) Eine Form der Tradition ist das constitutum possessorium (§. 428 a. b. G. B.), daher kann die Tradition auch durch Vorbehalt des Nießbrauchs geschehen (l. 35 §. 5 C. h. t.): diese letztere Art der Tradition jedoch läßt sich bei der Schenkung eines ganzen Vermögens nur durch Bezeichnung der einzelnen Sachen ausführen, da nur an diesen, nicht am Vermögen als idealem Ganzen Besitz möglich ist, und der Besitz nur durch die auf jede einzelne Sache gerichtete Absicht des Besitzers erworben werden kann; vgl. Savigny S. 136, Meyerfeld Nr. 4 (mit Unrecht ist Schilling §. 362 Note ll a. A.).

18) Cf. l. 3 pr. D. pro soc. (17, 2).

19) Die Klage, welche der Beschenkte hat, ist eine persönliche Universalklage (vgl. Bd I §. 62 Note 53); hätte der Schenker vor der Übergabe Bestandtheile des zugesagten Vermögens oder das Vermögen selbst an Dritte veräußert und abgeliefert, so hat der Beschenkte gegen diese Dritte weder eine dingliche Specialklage noch eine absolute (dingliche) Universalklage auf Herausgabe des Vermögens, weil eben der Beschenkte durch den Act der Schenkung einerseits nicht Universalsuccessor wird, andererseits in die einzelnen Rechte selbst noch nicht succedirt ist l. 7 C. de hered. vendit. (4, 39).

20) Manche Particularrechte sind in der Rücksicht für die Gläubiger des Schenkers überhaupt desjenigen der sein Vermögen als solches im Ganzen oder zu einem

kers durch die Schenkung (absichtlich oder unabsichtlich) verkürzt worden wären, haben sie gegen den Beschenkten das Widerrufsrecht des §. 953 a. b. G. B. (actio Pauliana), worüber das Nähere im Obligationenrecht.

Ein besonderer Fall der Schenkung eines Vermögens ist der, wenn jemand nicht sein Vermögen, sondern ein fremdes Vermögen, welches ihm durch Erbschaft zugekommen ist, also eine (bereits angetretene oder doch angefallene[21]) Erbschaft ganz oder zu einem aliquoten Theile verschenkt[22]. Auch in diesem Fall wird zwar keine Universalsuccession begründet und der Erbe hört nicht auf Erbe zu sein; allein es kommen hier analog die eigenthümlichen Grundsätze zur Anwendung, welche nach österreichischem Recht beim Verkauf einer Erbschaft gelten (§. 1278 fg. a. b. G. B.), wonach die Erbschaftsgläubiger das Recht haben, wegen der Erbschaftsschulden nach ihrer Wahl den Veräußerer der Erbschaft oder den Erwerber derselben zu belangen, der ihnen gleich jenem unmittelbar verhaftet wird (§. 1282 a. b. G. B.[23]), und gegen den sie daher ebenso ein Absonderungsrecht haben wie gegen den Erben selbst (§. 812 a. b. G. B.[24]).

---

aliquoten Theil veräußert) noch weiter gegangen, indem sie ihnen, ohne aber eine Universalnachfolge zu begründen, die Wahl einräumen, sich ihrer Forderungen halber an den Veräußerer oder an den Erwerber des Vermögens zu halten, der ihnen für die zur Zeit der Vermögensübergabe vorhandenen Schulden des Veräußerers unmittelbar und in derselben Weise wie dieser, jedoch regelmäßig nur insoweit als das ihm übertragene Vermögen reicht, verhaftet wird; so z. B. in Würtemberg (vgl. Bolley Über Vermögensübergabe und Gutsabtretungen [1844] S. 29, Wächter II §. 79) und Hessen (§. 11 des hess. Entwurfs).

21) Die (entgeltliche oder unentgeltliche) Veräußerung der künftigen Erbschaft einer bestimmten noch lebenden Person ist wie nach römischem (l. 30 C. de pact. 2, 3) und heutigem gem. Recht (vgl. Hasse im Rh. Mus. II S. 218 fg., Beseler Die Lehre von den Erbverträgen Bd II Abth. 2 S. 328 fg., Savigny §. 159 Note o) so nach österr. Recht ungültig §. 879 a. b. G. B. Nr. 4; das Nähere im besondern Theil.

22) l. 28 D. h. t. vgl. hierüber Meyerfeld Nr. 8, Savigny S. 140. 141.

23) Ebenso nach preuß. Recht I 11 §§. 462. 463; anders nach gemeinem Recht l. 2 C. de hered. vend. (4, 39) cf. l. 2 C. de pact. (2, 3) vgl. Glück Bd XVI §. 1015, Arndts §. 540.

24) Das Nähere im besonderen Theil; eine Ausdehnung dieser singulären Bestimmung (vgl. Bd I §. 64 Note 11) auf die (entgeltliche oder unentgeltliche) Veräußerung eines Vermögens überhaupt (vgl. Note 20) ist sicher unzulässig (vgl. auch Wächter §. 79 Note 14), sollte gleich jener Bestimmung etwa die Ansicht zu Grunde gelegen haben, daß die Erbschaftsschulden auf der Universitas (der Erbschaft) haften und mit dieser auf jeden Erwerber derselben übergehen (vgl. Koch Der Übergang der Forderungsrechte S. 64 Recht der Forderungen III S. 675).

Die Frage ob man nicht bloß sein gegenwärtiges sondern auch sein künftiges Vermögen verschenken könne, war von jeher lebhaft bestritten [25] und ist es noch heutigen Tags [26]. Das österreichische Gesetzbuch hat die passende Bestimmung getroffen, daß die Schenkung des künftigen Vermögens [27] nur insoweit zulässig sei, als sie die Hälfte dieses Vermögens nicht übersteigt (§. 944 [28]). Auch diese Schenkung kann selbstverständlich nur in der Form eines (schriftlichen) Schenkungsversprechens zu Stande kommen und gibt dem Beschenkten ein Recht, die Übertragung der Hälfte jedes erworbenen Vermögensbestandtheils vom Schenker oder dessen Erben zu fordern [29].

4. Widerruf der Schenkung [1].

§. 98. Gültig vollzogene Schenkungen sind in der Regel unwiderruflich (§. 946 a. b. G. B. [2]): aus besonderen Gründen [3] ist je-

---

25) Über die Ansichten der älteren Juristen vgl. Meyerfeld §. 21 Nr. 3.

26) Für unzulässig (wenigstens vom Standpunkt des röm. Rechts) wird die Schenkung des künftigen Vermögens gehalten von Savigny S. 142 fg., Sintenis I §. 23 Note 31, Schilling §. 354 Note xx §. 362 Note bb; für zulässig von Meyerfeld II §. 21 Nr. 2—5 (der öfters mit Unrecht als Anhänger der entgegengesetzten Ansicht angeführt wird), Puchta Vorles. I S. 162. 163, Böcking I (2. Aufl.) §. 106 §. q Note 23.

27) Wenn das ganze Vermögen verschenkt wird, so ist im Zweifel anzunehmen, daß nur das gegenwärtige, nicht auch das künftige Vermögen verschenkt worden sei §. 945 a. b. G. B. l. 9 D. de R. J.); vgl. Mühlenbruch im Archiv für die civil. Prax. Bd XVII S. 345. 376, Meyerfeld II S. 3.

28) Wäre ausdrücklich das ganze künftige Vermögen verschenkt worden, so würde die Schenkung dennoch nur bis zur Hälfte desselben aber bis zu dieser allerdings gültig sein; vgl. oben §. 91 Note 56.

29) Meyerfeld II S. 4. — Solche Schenkungen dürften jedoch überhaupt ziemlich selten und, wie schon Böcking Note 23 a. E. mit Recht bemerkt, dem Beschenkten von wenig gesichertem Nutzen sein, theils wegen der dem Schenker verbleibenden Berechtigung einen deferirten Erwerb auszuschließen, theils wegen der factischen Möglichkeit der Consumtion des erworbenen Guts durch den Schenker (gemeinrechtlich auch wegen des diesem zustehenden beneficium competentiae, da von dem künftigen Vermögen auch das künftige aes alienum donatoris abzurechnen ist, Meyerfeld II S. 17. 33).

1) Savigny §§. 168. 169, Schilling §§. 363. 364. — Über die Widerruflichkeit einer im Ausland gemachten Schenkung vgl. im Allgemeinen Bd I S. 137 und die speciellen Ausführungen von Prockner im Juristen Bd XVII S. 363 fg.

2) l. 2—5 C. de donat. (8, 54) §. 2 I. de donat. (2, 7) — quae (sc. donationes) si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Vatic. fragm. §. 279.

3) Also abgesehen von dem Fall, daß sich der Schenker das Widerrufsrecht ausdrücklich vorbehalten hat, l. 37 §. 3 D. de leg. II. vgl. oben §. 97 Note 10.

doch ausnahmsweise ein Widerruf derselben gestattet[4]. Dieser Widerruf wird in manchen Fällen von einem Dritten ausgeübt, dessen Rechte durch die Schenkung beeinträchtigt sind, in andern Fällen von dem Schenker selbst.

Ein Widerruf der Schenkung von Seiten eines Dritten kommt nach österreichischem Recht in vier Fällen vor[5]. Sind durch Schenkungen die Ansprüche der Descendenten auf den Pflichttheil verletzt (donatio inofficiosa), so können sie zur Ergänzung ihres Pflichttheils einen Theil der übermäßigen Schenkung zurückforden (§§. 951. 952 a. b. G. B.). Sind Gläubiger durch Schenkungen ihres Schuldners verkürzt worden, so haben sie das Recht, diese Schenkungen zu widerrufen (§. 953 a. b. G. B.). Ferner sind jene Personen zu einem (partiellen) Widerruf der Schenkung befugt, welche von dem Geber den Unterhalt zu fordern berechtigt sind und in diesem Recht durch die Schenkung verletzt wurden (§. 950 a. b. G. B.). Endlich sind nachgeborene Kinder des zur Zeit der Schenkung kinderlosen Schenkers unter Umständen zum (partiellen) Widerruf der Schenkung berechtigt (§. 954 a. b. G. B.). Von den drei ersten Fällen wird im besonderen Theile, vom letzten Fall an dieser Stelle gehandelt werden.

Der Widerruf einer Schenkung von Seite des Gebers kommt nach österreichischem Recht in drei Fällen vor[6]: wegen Undankbarkeit des Beschenkten (§§. 948. 949 a. b. G. B.), wegen Dürftigkeit, in welche der Geber geräth (§. 947 a. b. G. B.), und unter gewissen Umständen wegen nachgeborener Kinder (§. 954 a. b. G. B.).

1) Der Widerruf der Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten findet statt, wenn „der Beschenkte[7] sich gegen seinen

---

4) Und zwar gelten diese Ausnahmen sowohl für die reinen Schenkungen, als für die remuneratorischen Schenkungen (vgl. Zeiller III S. 182) und die Modalschenkungen; vgl. folgenden §.

5) Nach gemeinem Recht findet ein Widerruf durch Dritte nur in den beiden ersten im Text angegebenen Fällen und in mannigfach anderer Weise statt; das Nähere im besondern Theil.

6) Gar nicht hierher gehört der Widerruf der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, indem die Schenkung nicht als Schenkung sondern als datum ob causam behandelt wird und daher causa non secuta (in der Regel) zurückgefordert werden kann, §. 1247 a. b. G. B. l. 15 l. 16 C. de donat. ob nupt. (5, 3) l. 7 §. 3 l. 8 l. 9 pr. §. 1 D. de J. D. (23, 3). Vgl. Savigny §. 162 Note i §. 168 Note e, Erxleben II §. 8.

7) Wenn die Erben des Beschenkten sich eines solchen groben Undanks schuldig machen, so findet dieser Widerruf nicht statt; Zeiller III S. 171.

Wohlthäter eines groben Undankes schuldig macht" (§. 948 a. b. G. B.); den „groben Undank" charakterisirt das Gesetzbuch (§. 948 a. b. G. B.[8]), in principieller Übereinstimmung mit den Gründen der Erbunwürdigkeit (§. 540 a. b. G. B.), als „eine Verletzung des Wohlthäters an Leib, Ehre, Freiheit oder Vermögen, welche von der Art ist, daß gegen den Verletzer von Amtswegen oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann." Daß eine solche Verletzung aus „bösem Vorsatz" (dolo) hervorgegangen sein müsse, ergibt sich aus dem Begriffe des Undanks von selbst (vgl. auch §. 540 a. b. G. B.); ebensowenig aber kann es einem Zweifel unterliegen, daß auch schon der Versuch der fraglichen strafbaren Handlung zum Widerruf wegen Undankbarkeit berechtige (vgl. §. 8 Strafgesetzb.), und daß (ebenso wie nach gemeinem Recht[9] und abweichend von der Bestimmung des §. 540 a. b. G. B.) die strafbare Handlung gegen die Person des Wohlthäters selbst unternommen sein muß[10].

Ein Undank von der angegebenen Beschaffenheit gewährt einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe des Geschenks, der mittelst einer persönlichen Klage (Widerrufsklage) geltend gemacht wird. Diese Klage steht dem Geschenkgeber selbst und nach österreichischem Recht unzweifelhaft auch dessen Erben zu (§. 949 a. b. G. B.[11]), dafern der Geber die erlittene Unbilde nicht verziehen hat[12]; ebenso geht

---

8) Die fünf Fälle, in denen nach gemeinem Recht die Schenkung wegen Undankbarkeit widerrufen werden kann gibt die l. 10 C. de revoc. donat. (8, 56) an; vgl. Savigny S. 233. 234, Schilling §. 363 Nr. 1.

9) l. 10 cit.

10) Die Frage ob, wenn die angeschuldete Verletzung nicht vor den Strafrichter gebracht wurde, sondern erst im Rechtsstreit über den Widerruf der Schenkung geltend gemacht wird, der Civilrichter competent sei, über das Bestehen derselben behufs der Fällung des Urtheils in jenem Rechtsstreit zu erkennen, oder ob immer der Ausspruch des Strafrichters nothwendig sei, ist nach österr. Recht dahin zu beantworten, daß es dann nicht erforderlich sei, daß nach den Strafgesetzen verfahren werde, sondern daß schon der Civilrichter zur Entscheidung competent sei, wenn die Verletzung von der Art ist, daß gegen den Verletzer nur „auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann", während in den Fällen, wo von Amtswegen gegen den Verletzer zu verfahren ist, allerdings der Ausspruch des Strafrichters nothwendig ist; vgl. die Entscheidung des oberst. Gerichtshofs 23. April 1852 mitgetheilt in der allgem. österr. Ger. Ztg. 1852 Nr. 154 (a. A. Stubenrauch III S. 135. 136).

11) Nach gemeinem Recht geht diese Klage als actio vindictam spirans auf die Erben des Schenkers nicht über, es wäre denn bereits Lis contestirt gewesen

nach österreichischem Recht die Klage nicht bloß gegen den undankbaren Empfänger, sondern auch gegen dessen Erben (§. 949 a. b. G. B.[13]), gegen diese jedoch nur mit Beschränkungen. — Ist die Gabe zur Zeit des begangenen Undanks noch unverändert bei dem Empfänger vorhanden, so findet die Rückforderung derselben statt; ist der Gegenstand der Schenkung zu dieser Zeit nicht mehr in Natur, wohl aber der Werth desselben als Bereicherung im Vermögen des Empfängers vorhanden, so geht die Rückforderung auf diesen vorhandenen Werth (§. 949 a. b. G. B.[14]); ist aber zur Zeit des begangenen Undanks das Geschenk weder in Natur noch im Werth mehr vorhanden, ist es also zu jener Zeit durch Zufall oder durch freie Handlungen des Empfängers (z. B. durch Vernichtung, Zerstörung, Verschwendung, Verschenkung an Andere) aus dem Vermögen des Beschenkten bereits gänzlich ausgeschieden[15], so ist das

---

l. 10 cit. l. 7 eod. (8, 56), vgl. Schilling §. 363 Note uu, Arndts §. 104 Anm. 1 (zum Theil a. A. Savigny S. 232).

12) Diese Verzeihung kann auch stillschweigend geschehen vgl. 540 bürgerl. Gesetzb. a. E. und Zeiller III S. 171. Eine im vorhinein geschehene Verzichtleistung auf den Widerruf wegen künftiger Undankbarkeit bei der Schenkung ist unwirksam, weil sie contra bonos mores ist l. 27 §. 4 D. de pact. (2, 14) l. 23 D. de R. J., Savigny S. 235, Sintenis 1 §. 23 Note 56, Schilling §. 363 Note vv; dieser Ansicht sind mit Recht Zeiller III S. 171, Nippel VI ad §. 949, Stubenrauch III S. 136, a. A. Winiwarter VI ad §. 949, Ellinger ad §. 949 (vgl. auch oben §. 94 Note 54).

13) Anders nach gemeinem Recht l. 10 cit., obwohl hierüber Streit herrscht, vgl. Savigny S. 232. 233, Schilling Note uu.

14) Vgl. Savigny S. 237. 76. 77; über den Widerruf einer Schenkung sub modo wegen Undankbarkeit vgl. den folg. §. zu Note 29.

15) Es gilt das im Text Gesagte auch für den Fall, wenn die mittelst der geschenkten Sache (z. B. des geschenkten Geldes) erworbene Sache zu Grunde ging oder unentgeltlich veräußert wurde (l. 28 §. 3 l. 50 §. 1 D. de donat. int. V.); ja selbst, wenn der mittelst der durch das Geschenk erworbenen Sache angeschaffte Gegenstand durch Zufall oder den Willen des Beschenkten aus seinem Vermögen ausschied l. 29 pr. D. eod., Savigny S. 71. 77); in dem Einen Fall jedoch wird durch den Untergang der für das Geschenk angeschafften Sache die Bereicherung nicht aufgehoben, wenn diese Sache so unentbehrlich ist (z. B. Lebensmittel l. 6 D. de alim. 34, 1), daß der Beschenkte sein eigenes Geld hätte aufwenden müssen, welches er nunmehr erspart hat (l. 47 §. 1 D. de solut. 46, 3 l. 65 §. 6 D. de cond. ind. 12, 6, Savigny §. 151 Note g). — Ist das geschenkte Geld zur Bezahlung einer Schuld verwendet worden, so dauert die Bereicherung eben so fort (l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de donat. int. V.), wie wenn die Schenkung im Erlaß einer Schuld bestand (cf. l. 20 D. quod met. caus. 4, 2).

Object der möglichen Rückforderung völlig verschwunden[16]. Vom Moment der begangenen Undankbarkeit aber wird nach österreichischem Recht (§. 949 a. b. G. B.) der Empfänger „für seine Person zum unredlichen Besitzer": es treten somit für ihn alle jene Wirkungen ein, welche der unredliche Besitz nach österreichischem Recht (§. 335 a. b. G. B.) hervorbringt. Der Beschenkte haftet daher von diesem Augenblick an[17] nicht bloß für die dolose Consumtion und Deterioration des zur Zeit des begangenen Undanks noch (in Natur oder Werth) vorhandenen Geschenks[18], sondern auch für das culpose Verschwinden und die culpose Verschlechterung des Geschenks, ja selbst für den Zufall, der die Sache beim Geschenkgeber nicht getroffen haben würde (§. 335 a. b. G. B.[19]);

16) l. 7 C. h. t. (8, 56) cf. l. 28 pr. D. de donat. int. V. (arg. l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12, 6); Savigny S. 71. 237.

17) Ist die undankbare Handlung erst nach der Consumtion des Geschenks vorgefallen, läßt sich aber beweisen, daß der Entschluß zu dieser Handlung schon zur Zeit der Consumtion vorhanden war und diese vorher unternommen wurde, um sich vor den nachtheiligen Folgen des Undanks zu bewahren, so haftet der Undankbare ebenso, als wäre die Consumtion erst nach begangenem Undank vorgenommen worden; Savigny S. 237. 238.

18) Hat der Beschenkte nach begangenem Undank die geschenkte Sache entgeltlich oder unentgeltlich veräußert, so handelt er doloß (arg. l. 39 D. de m. c. d. — quoniam scit posse sibi condici l. 63 §. 7 l. 68 §. 1 D. pro soc. 17, 2) und der Geber hat die Klage auf den Werth der veräußerten Sache, falls der Erlös weniger beträgt, als sie werth ist (l. 39 cit., Savigny S. 76. 77) vgl. §. 952 a. b. G. B.; beträgt der Erlös mehr als die Sache werth ist, so geht die Klage auf dieses Plus nicht, sondern bloß auf den dem Werth der Sache gleichkommenden Theil des Preises arg. l. 28 §. 3 D. de donat. int. V. — quoniam eatenus donator pauperior factus esset.

19) Dieß stellt zwar Stubenrauch III S. 136 in Abrede, indem er meint, der Undankbare hafte für den zufälligen Untergang des Geschenks nicht, „da das Gesetz ihm nicht die Pflicht auferlege, das Empfangene aus eigenem Antrieb zurückzugeben." Allein vom Standpunkt des bürg. Gesetzb. ist diese Behauptung gewiß unrichtig; das Gesetz sieht nun einmal, wenngleich mit Unrecht (Bd I §. 56 Note 27 a. E.), den unredlichen Besitzer als in einer mora ex re befindlich an und läßt ihn daher von allen Folgen der Mora betroffen werden; auch wenn jemand eine Sache mala fide erwirbt, kann man nicht sagen, das Gesetz lege ihm die Pflicht auf, die Sache aus eigenem Antrieb zurückzugeben (wie oft weiß ein solcher Erwerber nur, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehöre, ohne daß er den Eigenthümer selbst kennt!), und dennoch haftet er nach österr. Recht unzweifelhaft für den Zufall. Daß aber das Gesetzbuch (nach dem Vorbild des A. L. R. I §. 1167; ebenso hess. Entwurf Art. 129) den undankbaren Beschenkten vom Moment der Undankbarkeit an einem unredlichen Besitzer gleichstellt, läßt sich gewiß nicht billigen; diese im bürgerl. Gesetzb. überhaupt häufig vorkommende Gleichstellung eines persönlich Verpflichteten mit einem unredlichen Besitzer ist deßhalb principiell ungerechtfertigt,

ingleichen haftet er von diesem Augenblick an für die Früchte, welche der Schenker nach seinen persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten von der Sache hätte ziehen können (§. 335 a. b. G. B.[20]), so wie für vierprocentige (§. 995 a. b. G. B.) Zinsen der geschenkten Geldsumme[21]. Gegen den Erben des Undankbaren geht die Widerrufsklage nur insofern, als vom Geschenk noch etwas in Natur oder Werth vorhanden ist, also insofern er zur Zeit der Klagerhebung[22] bereichert ist (in quantum locupletior factus est) §. 949 a. b. G. B. War die Widerrufsklage gegen den Erblasser bereits angestellt, so geht sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen passiv auf die Erben des Beschenkten in demselben Umfang über, in dem sie gegen diesen selbst zustand. — Das Recht die Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen verjährt in drei Jahren vom Tage des verübten Undanks (§. 1487 a. b. G. B.[23]).

2) Ein partieller Widerruf des Geschenkten ist wegen späterer Verarmung des Geschenkgebers zuläßig (§. 947 a. b. G. B.[24]).

---

weil die Verhältnisse, welche parallelisirt werden, principiell verschieden sind: das einemal handelt es sich um die Haftung eines Besitzers gegenüber der dinglichen Klage, das anderemal um die Verbindlichkeit eines mit persönlicher Klage zu belangenden Schuldners. — Nach gemeinem Recht gestaltet sich das Verhältniß einfach und befriedigend in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über Condictionen dahin, daß der Beschenkte insoweit haftet, als er zur Zeit der Klagerhebung bereichert erscheint, und vom Augenblick des Undanks an nur für Dolus einsteht (cf. l. 37 D. de donat. int. V. l. 39 D. de m. c. d.) vgl. Savigny S. 237, Schilling S. 961.

20) Vgl. Bd I §. 56 Note 27; die Früchte, welche zur Zeit des begangenen Undanks schon bezogen aber noch in Natur oder Werth vorhanden waren, hat der Beschenkte nach österr. Recht unzweifelhaft nicht zu restituiren (nach gemeinem Recht stellt sich dieß Verhältniß ganz anders vgl. Note 19 und Savigny S. 46).

21) Dieß ergibt sich für das österr. Recht (abweichend vom gemeinen Recht) daraus, daß der Undankbare einem unredlichen Besitzer gleichgestellt, dieser aber als Morosus angesehen wird.

22) Der für die Frage über den Umfang der Bereicherung entscheidende Zeitpunkt ist nach gem. Recht die Litiscontestation (l. 37 pr. D. de neg. gest. 3. 5 l. 27 pr. §. 3 D. de donat. inter V.), nach österr. Recht die Klagmittheilung; das Nähere in der folg. Abtheil.

23) Ist die Schenkung durch interpositas personas zu Stande gekommen (z. B. der Schenker hat für den Beschenkten eine Schuld gezahlt oder expromittirt), so findet im Fall der Undankbarkeit des Beschenkten der Widerruf nur gegen diesen, nicht auch gegen jene Zwischenperson statt; vgl. Savigny Beil. X Nr. 10. — War die Schenkung noch nicht erfüllt, so hat der Schenker gegen die Klage des undankbaren Beschenkten eine Einrede.

24) Gemeinrechtlich existirt dieser Widerruf nicht (Savigny S. 262), obwohl

Wenn der Schenker in Dürftigkeit geräth, so daß es ihm am nöthigen (nicht bloß am anständigen) Unterhalt gebricht, so ist er befugt, vom Beschenkten oder dessen Erben (vgl. §. 954 a. b. G. B.[25]) eine zu seinem Unterhalt erforderliche jährliche Competenz von höchstens vier Procent (995 a. b. G. B.) des in Natur oder Werth noch vorhandenen[26] Geschenks zu fordern, dafern der Beschenkte nicht etwa selbst sich in gleich dürftigen Umständen befindet. Dem Beschenkten steht es frei, das Geschenk selbst, soweit es noch in Natur oder im Werth vorhanden ist, dem Schenker zurückzugeben und sich hierdurch von der Competenzpflicht zu befreien[27]; auch findet wohl diese theilweise Rückforderung dann nicht statt, wenn und insoweit der Beschenkte dem Schenker schon früher ein (gleich werthvolles) Gegengeschenk gemacht haben sollte[27a]. Mehrere successiv Beschenkte kommen bei der

---

es in älterer Zeit an Schriftstellern nicht fehlte, welche dem Schenker im Fall der Verarmung ein Revocationsrecht gaben, vgl. z. B. Höpfner Comment. §. 412. In ähnlicher Weise wie nach österr. Recht findet im Fall der Verarmung des Schenkers ein partieller Widerruf nach preuß. Recht (I 11 §. 1123 fg.) statt; vgl. Koch Recht der Forder. III S. 77.

25) Vgl. Zeiller III S. 168 Nr. 5, Stubenrauch III S. 134 Nr. 7. Dem Erben des Schenkers steht das Widerrufsrecht nicht zu.

26) In Ansehung der Frage über das Vorhandensein und den Umfang der Bereicherung des Beschenkten gilt das oben (insbes. auch das Note 15) Gesagte. Aber ebenso muß auch in diesem Fall die Bestimmung gelten (Note 18), daß der Beschenkte, wenn er unredlicher Weise (dolo), also nachdem er von der den Schenker zum Widerruf berechtigenden Dürftigkeit Kenntniß erhalten hat, die Sache „aus dem Besitz gelassen hat" (§. 952 a. b. G. B.) z. B. sie verschenkt oder vernichtet oder unter ihrem Werth veräußert hat, dennoch verpflichtet ist, die Zinsen des Werths, den die Sache zur Zeit ihrer Consumtion hatte, zu entrichten (l. 39 D. de m. c. d. — quoniam scit posse sibi condici; in diesem Fall kann man passend die Worte der l. 63 §. 7 l. 68 §. 1 D. pro soc. 17, 2 zur Anwendung bringen: dolo facit, quominus facere possit). Das Gleiche muß in dem Fall gelten, wenn der geschenkte Gegenstand später durch Schuld des Beschenkten untergeht, während dieser im Fall eines spätern casuellen Untergangs von der Competenzpflicht befreit wird. — Ist der geschenkte Gegenstand von der Art, daß er keine Zinsen abwirft (z. B. eine Bibliothek), so muß der Beschenkte dennoch vom Schätzungswerth die Zinsen entrichten und zwar so lange als der Schenker in Dürftigkeit bleibt, vgl. Stubenrauch III S. 133. 134 Nr. 5 gegen die abweichenden Ansichten von Nippel VI S. 233 und Winiwarter IV S. 126.

27) Vgl. A. L. R. I 11 §§. 1126. 1127.

27a) Dadurch nemlich daß für jene Schenkung eine remuneratorische Gegenschenkung gemacht wird, erscheint das ganze Geschäft velut genus quoddam hoc esset permutationis l. 25 §. 11 D. de H. P. (vgl. Meyerfeld I S. 370, Vangerow I §. 125 Anm. a. E.): oder man nehme gar den Fall, daß der Beschenkte dem Schenker die geschenkte Sache wieder geschenkt habe.

Competenzpflicht in umgekehrter Folge an die Reihe (§. 947 a. E. a. b. G. B.[28]).

3) Das gleiche partielle Revocationsrecht steht sowohl dem zur Zeit der Schenkung kinderlosen Schenkgeber wegen nachgeborener[29] (ehelichen oder unehelichen, nicht aber wegen adoptirter) Kinder, als auch dem nachgeborenen Kind selbst im Fall der Dürftigkeit[30] zu (§. 954 a. b. G. B.): das in der gemeinrechtlichen Praxis[31] öfters behauptete Recht die ganze Schenkung wegen nachgeborener Kinder zu widerrufen hat das bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich reprobirt (§. 954).

5. Besondere Arten der Schenkung.

§. 99. Besondere Arten der Schenkung sind: 1) Schenkungen, welche in ein anderes Rechtsgeschäft eingeschlossen, mit demselben verbunden sind[1] (negotium mixtum cum donatione[2]). So ist z. B. mit einem Kaufgeschäft eine Schenkung verbunden, wenn jemand eine Sache oder eine Forderung in der Absicht mit der Differenz des Preises vom wahren Werth dem andern Contrahenten ein Geschenk zu machen, um einen höhern Preis kauft, oder um einen geringeren Preis verkauft, als sie werth ist[3] (§. 935 a. b. G. B.), oder wenn der Käufer dem Verkäufer die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung

---

28) Vgl. A. L. R. I 11 §. 1128. Mehrere gleichzeitig Beschenkte haften solidarisch; a. A. wie ich glaube mit Unrecht Zeiller S. 168 Nr. 6, Stubenrauch S. 134 Nr. 6.

29) Den zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Kindern ist durch die Bestimmung der §§. 950. 951 a. b. G. B. geholfen.

30) Würde der Geschenkgeber in solche Dürftigkeit gerathen, daß er weder sich selbst noch seinen nachgeborenen Kindern den nöthigen Unterhalt zu verschaffen im Stande wäre, so kann sowohl von dem Rückforderungsrecht des §. 947 als dem des §. 954 a. b. G. B. Gebrauch gemacht werden; würden die Zinsen nicht hinreichen, beiden Anforderungen zu genügen, so geht der Anspruch des Schenkers vor; Stubenrauch S. 145 Nr. 6.

31) Auf Grundlage der l. 8 C. h. t. (8, 56); die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind über diesen Punkt verschiedener Ansicht, vgl. Arndts Pand. §. 82 Anm. 3.

1) Savigny §. 154, Schilling §. 351.

2) Über diesen gewöhnlich gebrauchten Ausdruck (l. 18 pr. D. de donat.) vgl. jedoch Schilling Note a.

3) l. 5 §. 5 D. de donat. inter V. (24, 1) l. 32 §. 26 D. eod. l. 38 D. de C. E. Zu einer Schenkung im technischen Sinn ist aber auch hier (vgl. oben §. 95 Nr. 5) Bewußtsein und Übereinstimmung beider Contrahenten erforderlich; vgl. auch §. 935 a. b. G. B. verb. „wenn aus dem Verhältniß" u. s. w.

oder zur Prästation physischer Mängel der Sache donationis causa erläßt[4] (§. 929 a. b. G. B.); eben so ist ferner ein negotium mixtum cum donatione vorhanden, wenn jemand eine Sache in der Absicht zu schenken um einen unverhältnißmäßig hohen Preis miethet oder pachtet[5], oder wenn der Mandatar sich anheischig macht, auf seine Kosten den Auftrag auszuführen (vgl. §. 1014 a. b. G. B.[6]), oder wenn bei einem Darleihenscontract schenkungshalber verabredet wird, daß der Empfänger weniger oder mehr zurückgeben soll, als er empfangen hat[7]. In diesen Fällen ist eine und dieselbe juristische Handlung zum Theil Schenkung zum Theil ein anderes Rechtsgeschäft, daher auch insofern und insoweit als Schenkung zu behandeln, als sich nach Inhalt und Absicht der die Schenkung ausmachende Theil ausscheiden läßt[8]. — Wohl zu unterscheiden hiervon ist der Fall, wenn einer beabsichtigten Schenkung nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben wird[9] (z. B. bei einem Kaufcontract wird zugleich bedungen, daß der Kaufpreis nie bezahlt werden solle, oder der bedungene Kaufpreis ist von verschwindender Niedrigkeit, Spottpreis, nummo uno vendere): hier ist das Rechts-

---

4) Hierin liegt eine eventuelle Schenkung l. 31 §§. 4. 5. D. de donat. int. vir., Savigny Note f.

5) l. 2 D. de calumn. (3, 6) l. 8 D. de leg. Jul. repet. (48, 11), nicht im Widerspruch hiermit ist l. 20 §. 1 D. loc. (19, 2) vgl. Schilling Note e. f. und über l. 52 pr. D. donat. int. V. Meyerfeld I S. 318; würde die Sache um einen unverhältnißmäßig niederen Preis vermiethet oder verpachtet, so liegt hierin keine Schenkung, vgl. oben §. 95 Note 12.

6) l. 12. §. 17 D. mand. (17, 1) l. 26 §. 8 i. f. eod.

7) l. 11 §. 1 D. de R. C. l. 17 pr. D. de pact.; hat der Empfänger schenkungshalber mehr zurückzugeben versprochen, so findet auf das Plus die Klage, welche in dieser Beziehung natürlich nicht die Darleihensklage ist, nur dann statt, wenn der Vertrag in Ansehung des das empfangene Darleihen übersteigenden Betrags schriftlich geschlossen wurde (§. 943 a. b. G. B.). In den meisten Fällen jedoch, worin der Empfänger mehr zurückzugeben verspricht, wird ein Wuchergeschäft zu Grunde liegen, Savigny Note g, Schilling Note l.

8) l. 5 §. 5 l. 5 §. 2 D. de donat. int. V. (24, 1) l. 38 D. de C. E. vgl. Savigny S. 103. 104, Arndts §. 83 a. E. (a. A. mit Unrecht Schilling §. 351 Note v).

9) Es kann natürlich auch das Umgekehrte vorkommen und einem andern beabsichtigten Rechtsgeschäft der Schein einer Schenkung gegeben werden: hier ist dann die Schenkung das simulirte (colorata, figurata, simulata donatio), das beabsichtigte Rechtsgeschäft das dissimulirte Geschäft; l. 23 pr. §§. 1. 2 C. mand. (4, 35) l. 6 C. ad leg. Jul. repet. (9, 27).

geschäft nach den Grundsätzen der Simulation (§. 916 a. b. G. B., oben §. 88) als reine Schenkung zu behandeln[10].

2) Belohnende Schenkungen (remuneratorische, vergeltende Schenkung, donatio remuneratoria[11]) das heißt Schenkungen, welche in der Absicht gemacht werden, dem Beschenkten eine von ihm empfangene Wohlthat oder einen von ihm geleisteten Dienst zu vergelten (remunerandi animo, remunerationis causa §. 940 a. b. G. B.). Hierbei wird vorausgesetzt, daß der Geber zu dieser Vergeltung nicht schon rechtlich verbunden war[12], daß also der Empfänger nicht schon kraft gesetzlicher Bestimmung (wie z. B. in den Fällen der §§. 391. 403. 1004. 1163 a. b. G. B.) oder kraft vertragsmäßiger Verabredung einen rechtlichen Anspruch auf die Belohnung hatte (§. 941 a. b. G. B.), und daß der Geber nicht etwa irrthümlich sich zur Gabe rechtlich verbunden erachtete[13]. Die Vermögenszuwendung an den Andern muß vielmehr eine reine Liberalität sein, welche nur aus dem sittlichen Motiv der Dankbarkeit hervorgeht[14]. Während jedoch sonst ein Irrthum im Motiv ohne Einfluß auf den rechtlichen Bestand der aus falschem Beweggrund unternommenen juristischen Handlung ist (oben §. 81 I), findet bei der Schen-

---

10) l. 5 §. 5 cit. l. 36 l. 38 D. de C. E. cf. l. 20 §. 1 l. 46 D. loc. (19, 2), vgl. Schilling §. 351 a. E. Daher wird aber die Schenkung in der Regel unklagbar sein (§. 943 a. b. G. B.), da die schriftliche Abfassung des simulirten Geschäfts nicht genügt, um das Schenkungsversprechen klagbar zu machen. — Die Schenkung kann auch in die Form einer Societät eingekleidet werden, dann ist zwar die Societät ungültig (l. 5 §. 2 D. pro soc. 17, 2 l. 16 §. 1 D. de minor. 4, 4 l. 32 §. 24 D. de donat. int. V. vgl. §§. 1195. 1196 a. b. G. B.), allein das Geschäft kann doch immerhin als Schenkung angesehen und behandelt werden; ebenso kann eine Schenkung mit einem Societätscontract verbunden werden vgl. Savigny S. 102. 193 (a. A. Schilling §. 351 Erinner. 2).

11) Meyerfeld I §. 19, Savigny §. 153, Schilling §. 353.

12) l. 29 pr. D. de donat. (39, 5) Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.

13) Denn durch diesen Irrthum würde der zu jeder Schenkung erforderliche animus donandi ausgeschlossen werden; vgl. Schilling Note ii.

14) Wenn die Dienstleistung, die vergolten werden soll, eine solche ist, wofür gewöhnlich ein Geldlohn entrichtet wird, wobei aber im betreffenden Fall ein Lohn nicht ausdrücklich bedungen ward, so kann in der Gabe eine Schenkung liegen, wenn nemlich der Geber mit der Gabe seine Erkenntlichkeit beweisen will (§. 940 a. b. G. B.); es kann aber auch am animus donandi fehlen und der animus solvendi vorhanden sein, wenn nemlich der Geber und Empfänger die Gabe als die Bezahlung der geleisteten Dienste ansehen, indem sie das ganze Verhältniß als still-

kung die Ausnahme statt, daß wenn das Motiv derselben lediglich in der irrthümlichen Voraussetzung empfangener Wohlthaten oder geleisteter Dienste besteht [15], so daß der Geber außerdem gar nicht geschenkt haben würde, eine Anfechtung [16] der Schenkung zulässig ist (§. 901 in Verbindung mit §. 572 a. b. G. B. [17]). Die remuneratorische Schenkung ist in allen übrigen Beziehungen wie jede andere Schenkung zu behandeln (§. 940 a. b. G. B.): es findet daher insbesondere auch der Widerruf derselben wegen Undankbarkeit statt [18]. — Als ein besonderer Fall der remuneratorischen Schenkung erscheint die wechselseitige Schenkung (donatio reciproca, donatio mutua), das heißt eine Schenkung, welche der Beschenkte dem Schenker macht, indem die Voraussetzung, das Motiv zu der nachfolgenden Schenkung die vorausgegangene Schenkung sein kann, zu deren

---

schweigenden Vertrag über eine Dienstleistung um unbestimmten Lohn ansehen (l. 27 D. h. t. vgl. Savigny S. 94 fg., Schilling Note gg); dieß muß gewiß auch nach österr. Recht gelten, da ohne animus donandi keine Schenkung existiren kann (a. A. Stubenrauch S. 124). Dagegen ist nach österr. Recht in der Gabe, die der Gerettete seinem Lebensretter gibt, eine reine (remuneratorische Schenkung zu sehen, welche gleich jeder andern widerruflich ist; anders nach röm. Recht l. 34 §. 1 D. h. t. (über welche Stelle jedoch verschiedene Ansichten herrschen; vgl. Savigny S. 96 fg., Vangerow I §. 125 Anm.).

15) Die falsa causa muß also eine praeterita nicht etwa eine futura sein; wenn daher z. B. jemand in der Hoffnung gibt, der Beschenkte werde ihm ein Gegengeschenk machen oder sich ihm freundlicher erweisen, und sich hierin getäuscht findet, so hat auch nach österr. Recht eine Rückforderung nicht statt, l. 3 §. 7 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) l. 7 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6).

16) Diese Anfechtung besteht nach der Lage der Dinge bald in einer exceptio doli, bald in einer condictio (sine causa) dati oder promissi.

17) Gemeinrechtlich behauptet man gewöhnlich auf Grundlage der l. 52 l. 65 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6) das Gegentheil, allein s. dagegen Erxleben Die condictiones sine causa I S. 58 fg.; es ist aber gewiß unrichtig und gegen die Analogie der Legate (vgl. oben §. 81 Nr. I), wenn Erxleben S. 60. 61 behauptet, daß die Zulässigkeit der Rückforderung davon abhänge, daß der Geber bei der Schenkung jenes Motiv ausdrücklich angebe, „damit der Empfänger wisse, in welchem Sinn ihm geschenkt sei; sonst erwerbe er durch die Schenkung ein absolutes Recht, welches ihm durch spätere Aufklärungen nicht wieder entzogen werden könne": es genügt vielmehr, daß der Schenker den Beweis führt, er habe aus jenem (wenngleich bei der Schenkung selbst nicht erwähnten) irrigen Motiv geschenkt, damit die Rückforderung stattfinde: die Angabe oder Nichtangabe des Motivs bei der Schenkung ist nur für den Beweis nicht für die Zulässigkeit der Rückforderung von Bedeutung.

18) Gemeinrechtlich ist diese Frage sehr bestritten vgl. Savigny S. 88, Vangerow §. 125 Anm., Schilling S. 960.

ng eben die Gegenschenkung gemacht wird[19]. Doch kann e wechselseitige Schenkung noch einen andern Grund und [20], und andererseits ist davon jener Fall zu unterschei- der ersten Schenkung bedungen wurde, daß der Schen- beschenkt werden müsse, indem hierin eine Art Tausch- liegt[21] und eine wahre Schenkung nur in Ansehung des ersteigenden Werthes vorhanden ist (§. 942 a. b. G. B.).

3) Die Schenkung kann auch unter einer Auflage[22] (Modus vgl. oben §. 84) geschehen (donatio sub modo, Modalschenkung[23]): durch diese Verbindung der Schenkung mit einer auf die Gabe geleg- ten Last erhält die Schenkung einen eigenthümlichen Charakter. Einerseits wird der Empfänger durch die absichtliche Liberalität des Gebers bereichert[24] und ist insofern eine wahre Schenkung vorhan- den, andererseits übernimmt der Empfänger, der sonst durch die

---

19) Vgl. z. B. l. 12 §. 8 D. mand. (17, 1) l. 8 C. de O. et A. (4, 10); auch die Gegenschenkung ist wahre Schenkung, nicht etwa Erfüllung einer recht- lichen Verbindlichkeit (vgl. vorherg. § Note 27a), also Tausch in ganz uneigent- lichem Sinn velut genus quoddam permutationis l. 25 §. 11 D. de H. P. cf. l. 54 §. 1 D. de furt. (47, 2) vgl. über diese Stellen Savigny S. 92. 93 und Note i, Schilling Note kk.

20) Z. B. l. 7 §. 2 l. 32 §§. 9. 14. 20 l. 67 D. de donat. int. V (24, 1) vgl. Schilling Note mm; die donatio reciproca ist also nicht schlechthin und immer eine Art der vergeltenden Schenkung, Meyerfeld I S. 371.

21) Hier muß man in der That sagen genus quodammodo hoc est permu- tationis (cf. l. 25 §. 11 D. de H. P. (vgl. Meyerfeld S. 370; der erste Schenker hat daher gegen den Beschenkten aus diesem (Innominat-) Contract eine Klage (actio praescriptis verbis) auf die Leistung des versprochenen Ge- schenks, sollte derselbe auch nicht schriftlich abgefaßt worden sein.

22) Die Schenkung kann auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung gemacht werden (vgl. Meyerfeld I §. 20): in dieser Beziehung ist mit Aus- nahme der als bedingte Schenkung aufzufassenden mortis causa donatio, wo- von im Erbrecht zu handeln ist, nichts besonderes zu bemerken; vgl. Savigny S. 164. 165. Nur das Eine mag hier noch erwähnt werden, daß nach Auffas- sung der römischen Juristen nur jene Schenkung als eine mera, pura, simplex, absoluta gilt, welche in einer sofortigen und bleibenden Vermögenszuwendung besteht l. 1 pr. D. h. t. l. 35 §. 2 D. de m. c. d. l. 1 §. 2 D. de prec. (43, 26) l. 20 D. de R. C. vgl. Meyerfeld I §. 3 Nr. 10.

23) Meyerfeld I §. 20 Nr. 8 fg., Savigny §. 175, Schilling §§. 353. 362, Erxleben Die condictiones sine causa II §. 14.

24) Würde gar keine Bereicherung vorhanden sein, so existirte troß des ge- brauchten Ausdrucks juristisch eine Schenkung nicht; z. B. man schenkt jemanden eine Sache mit der Auflage, sie sofort einem Dritten zu geben l. 18 §. 1 D. h. t. — si (servum) ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas; hic

Schenkung nicht verpflichtet wird[25], mit der Gabe eine Verpflichtung, welche unter Umständen (nicht immer vgl. Note 32. 33) die ursprüngliche Bereicherung zum Theil wieder aufhebt[26]: es entsteht somit ein gemischtes Rechtsgeschäft, welches aus Schenkung (donatio) und Verpflichtung (negotium) zusammengesetzt ist[27].

Insofern und insoweit die Schenkung sub modo eine Schenkung enthält, kommen die Grundsätze der Schenkung zur Anwendung[28]. Wird daher die Modalschenkung in Form eines Schenkungsversprechens gemacht, so muß dieses schriftlich errichtet werden, um eine klagbare Forderung zu erzeugen (§. 943 a. b. G. B.). Ferner kann die Modalschenkung aus denselben Gründen, wie jede andere Schenkung widerrufen werden; kommt es nun aber (z. B. wegen Undankbarkeit) zum Widerruf, so hört hiermit auch die Verpflichtung zur ferneren Erfüllung der Auflage auf, und hätte der Empfänger bereits Auslagen zur Erfüllung derselben gemacht, also die ihm auferlegte Leistung schon ganz oder zum Theil vollzogen, und erscheint seine durch die Schenkung bewirkte Bereicherung in diesem Umfang vermindert, so kann ihm nur dasjenige abgefordert werden, was nach Abzug jener Auslagen als reiner Gewinn von der Schenkung übrig bleibt[29].

Die Auflage kann in einer Leistung an den Geber selbst[30] oder

enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem, vgl. Schilling §. 353 Note ss.

25) l. 18 pr. D. h. t. — obligationem non contrahi eo casu quo donatio est —. l. 3 §. 1 D. de O. et A. (44, 7).

26) Die auferlegte Leistung darf also weder an sich noch nach der Absicht des Gebers als eine Gegenleistung, als ein Äquivalent erscheinen (vgl. Meyerfeld I S. 389), sondern nur als eine Beschränkung der in der Schenkung liegenden Liberalität: dadurch unterscheidet sich eben die donatio sub modo (das donatum ob causam) von dem reinen promittere oder dare ob causam, l. 19 §§. 5. 6. D. h. t.

27) In einer Stelle (l. 18 pr. D. h. t.) wird die donatio sub modo ein negotium mixtum cum donatione genannt; da man nun heut zu Tage gewöhnt ist, die in diesem § sub 1 besprochenen Rechtsgeschäfte so zu benennen, so wäre es gewiß passend, die Modalschenkung eine donatio mixta cum negotio zu nennen. — Durch die Beifügung eines Modus geht aber die Schenkung nicht, wie man gewöhnlich irrigerweise annimmt, in einen Innominatcontract (do ut des, do ut facias) über; vgl. insbes. Erxleben S. 292 fg.

28) Vgl. Savigny S. 286. 287, Arndts §. 83 Anm. 3.

29) cf. l. 5 pr. i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) vgl. Savigny S. 287, Schilling §. 363 Note mm.

30) Z. B. in der Verpflichtung, dem Geber Alimente zu reichen (l. 1 C. de

einem Dritten [31], oder in irgend einer andern Handlung, in der Verwendung des Geschenks zu einem bestimmten Zweck [32] oder einer sonstigen Beschränkung [33], bestehen. In der Annahme der donatio sub modo liegt zugleich die Übernahme der Verpflichtung den Modus zu erfüllen, dafern nur dieser nicht auf etwas Unerlaubtes (Rechtswidriges oder Unsittliches) gerichtet ist [34].

---

donat. quae sub modo 8, 55 l. 3 C. de C. E. 4, 38 l. 8 C. de permut. 4, 64; so kann insbesondere der s. g. Leibzuchtsvertrag, contractus vitalitius, unter Umständen als eine Modalschenkung zu betrachten sein, vgl. Runde Die Rechtslehre von der Leibzucht S. 310 fg., Gerber System §. 191), ihm irgend eine andere Sache zu geben oder das Geschenk selbst etwa nach einer bestimmten Zeit oder beim Eintritt eines gewissen Ereignisses oder beim Tod des Empfängers (l. 2 C. h. t. 8, 55 cf. l. 35 §. 3 D. de m. c. d. l. 19 pr. D. de R. C.) oder auf Verlangen des Gebers (l. 37 §. 4 D. de leg. II) zurückzugeben.

31) Z. B. die empfangene Sache nach einiger Zeit einem Dritten hinauszugeben (l. 3 C. h. t. 8, 55), oder einem Dritten Alimente zu reichen, oder die Schulden des Schenkers zu bezahlen (l. 22 C. de donat. 8, 54 l. 2 C. de cond. ob caus. 4, 6); auch in diesen Fällen aber ist der Empfänger der Donatar, nicht etwa der Dritte (wie Meyerfeld I S. 412. 422 annimmt, vgl. dagegen Schilling §. 353 Note uu).

32) Z. B. ein Monument zu errichten, eine öffentliche Anstalt zu gründen, mit der empfangenen Summe seine (des Donatars) eigenen Schuldner zu befriedigen (l. 9 §. 1 D. ad Sc. Maced. 14, 6), oder eine bestimmte Sache zu kaufen (l. 2 §. 7 D. de donat. 39, 5), oder die empfangene Summe zu einer Belehrungsreise oder zu sonstigen Bildungszwecken zu verwenden. In diesen Fällen, in welchen es sich um eine Verwendung des Empfangenen zu Gunsten des Beschenkten selbst handelt, ist jedoch immer erst wohl zu untersuchen, ob die bestimmte Verwendung bloß als zufällige äußere Veranlassung der Vermögenszuwendung oder wirklich als Auflage zu betrachten ist, ob also das Aussprechen der Verwendungsbestimmung nur enunciativ oder dispositiv geschehen sei (vgl. oben §. 84 und §. 711 a. b. G. B.) l. 3 D. de donat. (39, 5) Et generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, causa donandi fuit an conditio (i. e. modus): si causa fuit, cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore. cf. l. 13 §. 2 D. de donat. int. vir. (24, 1).

33) Z. B. die geschenkte Sache gar nicht oder wenigstens nicht an bestimmte Personen zu veräußern (l. 3 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6 l. 135 §. 3 D. de V. O.): aber auch hier ist das §. 84 Note 14 Gesagte wohl zu beachten (cf. l. 71 pr. D. de condit. et demonstr. 35, 1).

34) arg. §. 1174 a. b. G. B. l. 2 C. de cond. ob turp. caus. (4, 7). Es wäre irrig sich auf §. 901 a. b. G. B. in Verbindung mit §. 709 zu berufen und zu behaupten, daß da die Auflage als Resolutivbedingung zu behandeln sei, die unerlaubte Resolutivbedingung aber den Vertrag nichtig mache (§. 898 in Verbindung mit §. 698 a. b. G. B.), eine Schenkung unter einer unsittlichen Auflage gleichfalls nichtig sei: nur der an sich gültige Modus ist, insofern es sich um die Wirkung der Nichterfüllung desselben handelt, als Resolutivbedingung zu behandeln. Ist das mit einer unsittlichen Auflage verbundene Schenkungsversprechen noch nicht

Auf die Erfüllung des Modus[35] kann der Donatar vom Schenker geklagt werden[36], da in der Annahme der donatio sub modo zugleich die Übernahme der Verpflichtung den Modus zu erfüllen liegt[37]. Es wird jedoch zur Statthaftigkeit dieser Klage auf Erfüllung des Modus vorausgesetzt, daß der Schenker an dieser Erfüllung ein Interesse habe[38], weil aus einem lediglich zum Vortheil eines Dritten geschlossenen Vertrag in der Regel weder der Contrahent selbst noch der Dritte[39] einen rechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Verspre-

---

erfüllt, so hat der Beschenkte dennoch eine Klage auf Erfüllung der Schenkung, da die donatio bestehen bleibt und nur das negotium als contra bonos mores nichtig ist; auch hierin liegt ein wichtiger Unterschied der donatio ob causam von der reinen promissio ob causam l. 8 D. de cond. ob turp. caus. (12, 5).

35) Unter Umständen kann die Klage auch auf Leistung des Interesses gerichtet werden l. 153 §. 3 D. de V. O. vgl. Schilling §. 362 Note h. Ist für die Erfüllung des Modus eine Zeit bestimmt, so kann die Klage natürlich erst nach Ablauf derselben stattfinden l. 18 §. 1 D. h. t. l. 1 C. de c. m. (8, 57).

36) Diese Klage ist nach röm. Recht die actio ex stipulatu, wenn die Erfüllung des Modus in Form einer Stipulation versprochen ist, sonst die actio praescriptis verbis l. 9 C. de donat. (8, 54) l. 22 eod. l. 8 C. de permut. (4, 64); heut zu Tage wo schon aus jedem nudum pactum eine Klage entspringt, entsteht ganz allgemein aus der Hinzufügung der Auflage und der Annahme der Modalschenkung, als dem ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Vertrag über die Erfüllung der dem Beschenkten auferlegten Verpflichtung die Klage auf Erfüllung des Modus oder auf das Interesse; vgl. Errleben II S. 290 fg.

37) Eben deßhalb findet die Klage auf Erfüllung des Modus unzweifelhaft auch nach österr. Recht statt, obwohl das Gesetzbuch ihrer nicht besonders Erwähnung macht: ja in manchen Fällen ist diese Klage die einzig mögliche, wenn nemlich die mit ihr sonst electiv concurrirende Rückforderungsklage (Note 40) z. B. wegen casuellen Untergangs der Gabe ausgeschlossen ist.

38) Es ist zu eng, wenn man öfters (z. B. Savigny S. 280 fg.) die Klage des Schenkers auf Erfüllung des Modus nur in dem Fall zulassen will, als es sich um eine Leistung an den Geber selbst handelt und dieser ein Geldinteresse an der Erfüllung hat; denn es hat ja ganz allgemein der Contrahent eine Klage auf Erfüllung des zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrags, wenn er selbst an der Erfüllung dieses Versprechens ein rechtliches Interesse hat (vgl. Savigny selbst Obl. R. II S. 79 fg.); es wird daher auch in den römischen Quellen dem Schenker ohne weiteres eine Klage auf Erfüllung des Modus gegeben, wenn dieser darin besteht, daß der Donatar die Gläubiger des Schenkers bezahle l. 28 D. h. t. l. 22 C. eod. (8, 54) vgl. auch Meyerfeld I S. 420, Schilling §. 362 Note i.

39) Es kann daher auch dieser Dritte, zu dessen Vortheil der Modus hinzugefügt wurde, nicht auf Erfüllung desselben klagen (§. 881 a. b. G. B. l. 11 D. de O. et A. l. 73 §. 4 D. de R. J. l. 6 i. f. C. si quis alteri 4, 50), ausgenommen er wäre bei dem Vertrag selbst zugezogen worden und hätte sich die Erfüllung des Modus vom Empfänger versprechen lassen (l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 55). Das neuere römische Recht gibt zwar dem Dritten eine utilis actio (l. 3

chens erwirbt (§. 881 a. b. G. B.). In jenem Fall aber, der Modus mag in welcher Leistung immer bestehen (in einer Leistung an den Geber, an einen Dritten, oder in sonst einer Handlung), kann der Schenker vom Beschenkten das ganze Geschenk mit einer (activ und passiv auf die Erben übergehenden) persönlichen Klage[40] zurückfordern, wenn der Modus durch die Schuld des Donatars unerfüllt geblieben ist; ja nach österreichischem Recht hat der Schenker in einem solchen Fall allgemein nicht nur die persönliche Rückforderungsklage, sondern wenn die Schenkung in einer Eigenthumsübertragung bestand, auch die Vindicationsklage[41], weil die verschuldete Nichterfüllung des Modus nach österreichischem Recht die Wirkung einer eingetretenen Resolutivbedingung hat (§. 901 in Verbindung mit §. 709 a. b. G. B.). Wird dagegen die ursprünglich mögliche Erfüllung des Modus späterhin durch reinen Zufall und ohne daß dem Beschenkten eine Säumniß zur Last fällt unmöglich, so findet die Rückforderung des Geschenkten nicht statt (§§. 901. 710 a. b. G. B.), so daß also bei der unverschuldeten Nichterfüllung des mit der Schenkung verbundenen Modus der Bedachte das ihm Zugewendete be-

---

C. cit.), aber dieses Rechtsmittel, über dessen Natur Umfang und Object Streit herrscht (vgl. einerseits Savigny S. 285. 286 andererseits Errleben S. 299—310), gewährt das österr. Recht nicht. Immerhin aber kann natürlich der Schenker dem Dritten die ihm zustehende Klage auf Rückgabe des Geschenks (die condictio ob causam datorum) cediren und zwar schon im vorhinein auf den Fall der Nichterfüllung des Modus (spem futurae actionis — posse transferri non immerito placuit l. 3 C. de donat. 8, 54 cf. l. 6 pr. l. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4).

40) Diese Klage ist die condictio ob causam datorum (condictio causa data causa non secuta), weil in der Schenkung sub modo zugleich ein dare ob causam futuram liegt l. 2 l. 3 l. 6 l. 8 C. de condict. ob caus. dat. (4, 6) l. 3 C. h. t. (8, 55); das römische Recht gibt in diesem Fall auch noch eine mit jener electiv concurrirende Condictio wegen der in der Nichterfüllung des Modus liegenden Undankbarkeit (l. 10 C. de donat. 8, 54): diese letztere Condiction findet nach österreichischem Recht nicht statt. Die condictio ob causam datorum concurirrt electiv mit der Klage auf Erfüllung des Modus (Note 37).

41) Nach röm. Recht findet der herrschenden Ansicht zufolge in Einem Fall (nemlich wenn die dem Schenker zu leistenden Alimente nicht entrichtet werden) nebst der persönlichen Rückforderungsklage eine Vindication statt (l. 1 C. h. t. 8, 55 vgl. Meyerfeld I S. 414 Note 94, Savigny S. 284, Schilling §. 362 Note o); ob diese Klage in allen Fällen eines nicht erfüllten Modus zulässig sei, darüber hat die ältere Schule gestritten (vgl. z. B. Glück IV S. 470 Note 21); für die Ausdehnung ihrer Zulässigkeit vgl. Errleben S. 269.

hält[42]. War die Erfüllung der Auflage schon im Moment der Hinzufügung des Modus unmöglich, war also der Modus auf etwas Unmögliches gerichtet, so kommt es darauf an, ob dem Schenker die Unmöglichkeit bekannt war oder nicht: im ersten Fall findet die Rückforderung nicht statt, wohl aber im letzteren Falle (arg. §. 1174 a. b. G. B.[43]).

Achtzehntes Capitel.

Insbesondere von unerlaubten Handlungen.

I. Begriff, Arten und Erfordernisse einer unerlaubten Handlung.

§. 100. Unter einer unerlaubten Handlung versteht man auf dem Gebiet des Privatrechts jede Handlung, wodurch jemand widerrechtlich in eine fremde Rechtssphäre verletzend eingreift und dafür in civilrechtlicher Beziehung verantwortlich wird. Die unerlaubten Handlungen lassen sich in zwei Classen unterscheiden (vgl. §. 1295 a. b. G. B.). Es gibt nemlich Handlungen, welche schon an sich, das heißt ohne Rücksicht und Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden, widerrechtlich sind: solche unerlaubte, fremde Rechte verletzende, privatrechtliche Folgen

---

Über jene l. 1 C. cit. vgl. jetzt übrigens auch die abweichenden Ansichten von Ihering Jahrb. für Dogmatik. I S. 133 fg. und Windscheid Die Actio des römischen Civilrechts S. 217.)

42) Dieß ist auch im gemeinen Recht die herrschende Lehre, welche hauptsächlich auf l. 8 und l. 10 C. de condict ob caus. dat. (4, 6) gestützt wird vgl. Savigny S. 282, Schilling 363 Note m, Arndts §. 83 u. A.; allein Erxleben S. 436 fg. hat gestützt auf l. 2 §. 7. D. de donat. gewichtige Bedeutungen gegen diese Lehre erhoben.

43) Dieß ist die früher herrschende Ansicht, welche die l. 8 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6) auf den Fall bezieht, wenn der Schenker wußte, daß die Erfüllung des Modus unmöglich sei (vgl. Glück IV S. 464 in der Note und XIII S. 33 Note 72 und Meyerfeld I S. 415 Note 102); in neuerer Zeit behauptet man jedoch gewöhnlich (vgl. z. B. Savigny R. 282, Schilling §. 362 Note d, Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 111, Arndts §. 74), daß in dem Fall ursprünglicher Unmöglichkeit der Erfüllung des Modus eine Rückforderung des Geschenkten schlechthin und immer unzulässig sei, vgl. aber dagegen Erxleben S. 461 fg.

herbeiführende Handlungen heißen Delicte (Privatdelicte im Unterschied von Delicten des öffentlichen Rechts). Dagegen gibt es Handlungen, welche erst durch ihre Beziehung auf ein bestehendes Verpflichtungsverhältniß, in welchem der Handelnde zu einem Andern steht, zu unerlaubten werden; diese unerlaubten Handlungen stellen sich als eine Verletzung dieses besondern Verpflichtungsverhältnisses dar. Dieses besondere Verpflichtungsverhältniß kann ein obligatorisches sein, und als solches entweder aus einem Vertrag oder aus einem sonstigen Entstehungsgrund hervorgegangen sein [1]; es kann aber auch ein anderes als ein obligatorisches Verhältniß sein [2]. Unerlaubte Handlungen sind bald Quellen selbständiger Rechtsansprüche (der Obligationen ex delicto), bald erzeugen sie Modificationen des schon bestehenden Verpflichtungsverhältnisses und führen unter Umständen selbst die Auflösung desselben herbei.

Die Erfordernisse einer unerlaubten Handlung sind:

1) Eine That, durch welche ein Recht wirklich verletzt wurde. Hat objectiv eine Rechtsverletzung gar nicht stattgefunden, so ist die unerlaubte Handlung auf dem Boden des Privatrechts ohne Bedeutung: der bloße Versuch einer Rechtsverletzung ist in civilrechtlicher Beziehung irrelevant [3]. Die wirklich stattgefundene Rechtsverletzung muß sich als eine Wirkung der betreffenden Handlung darstellen, der rechtswidrige Erfolg muß zu der That in einem nothwendigen Zusammenhang (Causalnexus) stehen [3a] (s. g. Zurechnung zur That, imputatio facti).

---

1) Es sind dieß zum Theil solche Fälle, in denen das röm. Recht von einem Quasicontract spricht (Inst. de oblig. quasi ex contr. 3, 27); z. B. der Vormund verwaltet die Vormundschaft pflichtwidrig (§§. 228. 254. 264. a. b. G. B.), der Erbe geht mit den legirten Sachen in pflichtwidriger Weise um (§. 686 a. b. G. B.): oder der redliche Besitzer sorgt nach Zustellung der Klage nicht gehörig für die litigiöse Sache (338 a. b. G. B.), oder der Usufructuar vernachlässigt die dienende Sache (§. 513 a. b. G. B.) u. s. f. Hieraus schon ergibt es sich, daß es zu eng ist, wenn das Gesetzb. im §. 1295 davon spricht, daß „der Schade durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht sein kann." (Vgl. auch §. 1298 a. b. G. B.)

2) So z. B. das besondere Verpflichtungsverhältniß, in welchem der unredliche Besitzer (§. 335 a. b. G. B.) oder der Richter steht (§. 1341 a. b. G. B.).

3) l. 36 §. 1 D. de R. V. (6, 1) l. 21 §. 7 D. de furt. (47, 2).

3a) cf. l. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1) l. 13 pr. eod.

2) Die That muß objectiv eine widerrechtliche sein, das heißt der Thäter muß ohne Befugniß, also auch über sein Befugniß hinaus, in eine fremde Rechtssphäre verletzend eingegriffen haben[4]. Hat ein Recht des Handelnden zu der Handlung bestanden, aus welcher für den Andern eine Verletzung hervorgegangen ist, so kann die Handlung nicht als unerlaubte qualificirt werden: der zur Handlung Berechtigte hat nicht wider Recht gehandelt. Es fällt daher die Ausübung eines Rechts innerhalb der gesetzlichen Schranken nicht unter den Begriff der Widerrechtlichkeit, mag auch ein noch so großer Nachtheil für einen Andern daraus entstanden sein (§. 1305 a. b. G. B.[5]); deßgleichen ist die verletzende That nicht als eine widerrechtliche zu betrachten, wenn man aus irgend einem andern Grund zu derselben befugt war, so wenn man in Ausübung der Nothwehr verletzt hat, vorausgesetzt daß man die Grenzen der erlaubten Nothwehr nicht überschritten hat (§. 19 a. b. G. B.[6]), oder wenn die Obrigkeit, innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse handelnd, eine Verletzung herbeiführt[7], oder wenn der handlungsfähige Verletzte selbst zu der betreffenden Verletzung, wenn auch nur eventuell, eingewilligt hat (volenti non fit injuria[8]).

3) Die objectiv widerrechtliche That muß sich auch in subjectiver

---

4) l. 1 pr. D. de injur. (47, 10) Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur: hoc generaliter —. l. 5 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

5) l. 151 D. de R. J. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet. l. 55 eod. Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur. Vgl. Sintenis I S. 240. 241 und Hänel Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatz (1823) §. 6; über die Frage, ob das Motiv der Ausübung des Rechts diese als eine widerrechtliche erscheinen lasse, vgl. Bd I § 68 Nr. 4.

6) l. 3. §. 7 i. f. D. de incend. ruina (47, 9) — nec enim injuria hic fecit, qui se tueri voluit quum alias non posset. l. 45 §. 4 D. ad leg. Aquil. (9, 2) Qui cum aliter tueri se non possunt damni culpam dederint, innoxii sunt, vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt — et hoc si tuendi duntaxat non etiam ulciscendi causa factum sit l. 52 §. 1 eod. (Von der Nothwehr wird weiter unten gehandelt werden.)

7) cf. l. 29 §. 7 i. f. D. ad leg. Aquil. (9, 2).

8) l. 7 §. 4 D. ad leg. Aquil. (9, 2); eine solche eventuelle Einwilligung ist z. B. auch bei einem Duell vorhanden, daher derjenige, der im Duell seinen Gegner schwer verwundet, nicht zum Schadensersatz und zur Bezahlung des Schmerzensgeldes (§. 1325 a. b. G. B.) verurtheilt werden darf und auch §. 1327 a. b. G. B. nicht zur Anwendung kommt.

Beziehung als eine widerrechtliche darstellen: sie muß dem Thäter zur Schuld zugerechnet (imputirt) werden können[9]. Unter Zurechnung zur Schuld[10] (s. g. imputatio juris) versteht man nemlich die Beziehung einer rechtswidrigen That als solcher auf den Willen des Thäters. Die Erfordernisse der Imputabilität einer widerrechtlichen Handlung sind: a) Willensfähigkeit des Thäters. Ist der Thäter überhaupt oder doch im Moment der That in einem solchen Zustande, daß ihm die Willensfähigkeit und aus diesem Grund die Handlungsfähigkeit (vgl. oben §. 76 Nr. I und II 1 a. E.) mangelt, so kann ihm die That nicht zugerechnet werden: der Willensunfähige kann sich nicht in einem Verschulden befinden, er ist unzurechnungsfähig[11]. Dieß ist auch im österreichischen Recht[12] anerkannt, indem das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt, daß eine objectiv wider-

9) l. 1 §. 5 D. de injur. (47, 10) c. 27 in VI de R. J.; daher kann auch von Diebstahl keine Rede sein, wenn man die Sache mit Willen und Wissen des Eigenthümers zu sich nimmt l. 46 §. 8 l. 48 §. 2 D. de furt. (47, 2) vgl. §. 171 Strafg. — Natürlich darf hier einerseits nicht über die Grenzen der Verwilligung hinausgegangen werden (— plane si cedentem [gladiatorem] vulneraverit, erit Aquiliae locus l. 7. §. 4 cit.), so wie es sich anderseits von selbst versteht, daß durch Einwilligung des Verletzten in die Verletzung die strafrechtlichen Folgen des Delicts nicht ausgeschlossen werden können (jus publicum privatorum pactis mutari nequit) §. 4 Strafges.

10) Vgl. hierüber die interessante Monographie von Hepp Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts und den neuen Legislationen dargestellt (1838); in dieser Schrift findet sich eine treffende Kritik der Bestimmungen des österr. Gesetzb. (§. 1311) über das Tragen des Zufalls. Über den Begriff der Imputation und die Unterscheidung derselben in eine imputatio juris et facti vgl. auch Feuerbach Lehrb. des gemein. peinl. deutschen Rechts 14. Aufl. §. 84 und die dort angef. Literatur.

11) l. 5. §. D. ad leg. Aquil. (9, 2) — quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? l. 61 i. f. D. de admin. et peric. tut. (26, 7) — impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, quomodo si causa aliquo sine facto personae id accidisset.

12) Freilich erst nach einem harten Kampf mit den Principien der Kant-Fichte'schen Rechtsdeduction und trotz der Erwägung, daß „es nach den naturrechtlichen Privatrecht wenigstens sehr wahrscheinlich sei, daß auch wegen einer ganz unwillkürlichen Beschädigung z. B. eines Wahnsinnigen das Ersatzrecht stattfinde, weil es gleich dem Vertheidigungsrecht nicht aus der Verbindlichkeit des Andern keinem Schaden zuzufügen, sondern aus dem Recht sein Eigenthum und seine Rechte zu erhalten und zu behaupten abzuleiten sei." Zeiller III S. 729. 730 und natürl. Privatr. §. 179; über diese naturrechtlichen Ansichten vgl. Hepp S. 238 fg. 243 fg.

rechtliche Handlung nur dann zum Schadenersatz verpflichte, wenn sie im Zustande der Willensfähigkeit unternommen wurde, die Handlung also insofern „eine willkürliche" ist (§. 1306 fg. a. b. G. B.[13]). Von dieser Regel macht jedoch das bürgerliche Gesetzbuch im §. 1310 in Übereinstimmung mit älteren Schriftstellern[14] und nach dem Vorbild des preußischen Landrechts[15] eine singuläre (wohl nicht zu recht-

13) Wenn daher jemand im Zustand einer plötzlichen Sinnesverwirrung (z. B. in plötzlicher Anwandlung einer Ohnmacht) einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, so haftet er für den angerichteten Schaden nicht, weil ihm eben wegen mangelnder Willensfähigkeit die That nicht imputirt werden kann. Wenn Zeiller III S. 736 fg. (dem fast wörtlich Scheiblein Miscell. V §. 38 S. 75 fg. folgt) unter Berufung auf die ersten Worte des §. 1311 a. b. G B. (von dem schon Hepp S. 190 bemerkt hat, daß in dem fraglichen Fall dessen eine Hälfte zur Widerlegung der andern Hälfte benutzt werden könne, da, wenn A in Ohnmacht fällt und B's Porcellanservice zerschlägt, dieser Zufall sich „in der Person" des A und zugleich „in dem Vermögen" des B ereignet habe) und eine hauptsächlich aus Schömann's Schriften (Handb. II S. 301 fg.) abgeleitete Naturrechtstheorie das Gegentheil behaupten will, so ist dieß unrichtig und in directem Widerspruch sowohl mit der Bestimmung der §. 1306 und §. 1307 als mit dem §. 1311 a. b. G. B. selbst, da dieser, freilich in ziemlich unglücklicher Weise, nichts anderes als die Regel aussprechen will: casus a nullo praestantur (l. 23 i. f. D. de R. J.). Über diese Ansicht Zeiller's vgl. auch die scharfe Kritik von Hepp S. 187—193; gegen Zeiller haben sich auch Ellinger ad §. 1311 und Winiwarter IV S. 569. 570 erklärt.

14) Über diese älteren Schriftsteller, welche insbesondere seit Thomasius Larva legis Aquiliae detracta (1703) §. 62 eine actio in factum oder eine utilis actio de pauperie in diesem Fall geben wollten, vgl. Hepp S. 176; insbesondere wurde diese Ansicht selbst aus römischen Quellenstellen, besonders aber aus dem Naturrecht abzuleiten versucht von Schömann Schadenersatz, S. 42 fg. (Handb. des Civilr. I S. 202 fg.), einem Schriftsteller, von dem Zeiller III S. 737 (vgl. auch S. 730. 705) sagt, daß er „die Lehre vom Schadenersatz sehr gründlich und vollständig überdacht habe", und der auf die Abfassung des vom Schadenersatz handelnden Hauptstücks des bürgerlichen Gesetzbuchs einen nichts weniger als vortheilhaften Einfluß ausgeübt hat; über die (wie sich Vangerow ausdrückt („fast lächerlichen Argumente" Schömann's vgl. schon Glück X S. 294 fg., Hänel §. 10 und insbes. über diese ganze Frage Vangerow III §. 571 Anm. 2.

15) A. L. R. I 6 §. 41, vgl. Koch Preuß. Privatr. I §. 140; die gleiche Bestimmung hatte auch das westgaliz. Gesetzb. III §. 456 getroffen, nach seiner Art aber noch die Motivirung derselben beigefügt, welche sehr klar die naturrechtliche Anschauungsweise (Note 12), von der die damaligen Rechtslehrer ausgingen, ausspricht: „Kinder und Wahnsinnige können weder einer Hinterlist noch einer schuldbaren Unwissenheit beschuldigt werden. Der aus ihren Handlungen entstandene Schade, wenn sie niemand durch ein Verschulden zum Handeln veranlaßt hat, gehört zu den Zufällen. Weil aber der Schadenersatz sich auch auf das Ver-

fertigende) Ausnahme, welche als eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems[16] in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt. b) Dasein des Willens[17]; c) Möglichkeit die Handlung unter den gegebenen Verhältnissen und bei der Achtsamkeit, zu welcher der Handelnde verpflichtet ist, als eine widerrechtliche zu erkennen, das heißt, den rechtswidrigen Erfolg der That vorauszusehen[18].

II. Begriff und Arten der Schuld[1].

§. 101. Treffen die angegebenen Erfordernisse zusammen, so befindet sich der Handelnde in einer Schuld. Schuld (Verschuldung, Culpa im weitern Sinn §. 1294 a. b. G. B.) ist dasjenige

---

theidigungsrecht gründet, welches auch gegen Kinder und Wahnsinnige statt hat, so fällt derselbe dennoch auf den Beschädiger."

16) Nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts (vgl. hierüber die ausführlichen Nachweisungen bei Tonsen Das allgem. posit. Privatrecht S. 230 fg., Hepp S. 218 fg., Kraut Vormundsch. I S. 341 fg.) mußte man nemlich für jeden objectiv rechtswidrigen Erfolg haften, sollte dem Beschädiger auch kein Verschulden zur Last fallen (s. g. imputatio externa); das Nähere im Obl. R. in der Lehre vom Schadenersatz. — Die Vorschrift des §. 1310 a. b. G. B. hat man auch aus Billigkeitsrücksichten rechtfertigen zu können geglaubt, vgl. jedoch hierüber Bd. I §. 11 Note 20.

17) Das Dasein des Willens wird ausgeschlossen durch s. g. mechanischen absoluten Zwang (oben §. 80 Nr. II), die Verletzung ist auch in diesem Fall nicht eine „willkürliche" (§§. 1294. 1306): wenn jemand z. B. auf eine Sache hingestoßen, diese zerschlägt, so ist er nicht dafür verantwortlich (c. 102 C. XI qu. 3, c. 6 C. XV qu. 1). Der s. g. psychologische Zwang hebt dagegen das Dasein des Willens, somit die Qualification der That als Handlung nicht auf (vgl. oben §. 80 Note 15 und auch §§. 1301. 1302 a. b. G. B.); Detailfragen, die sich in dieser Beziehung ergeben, werden im Obl. R. besprochen werden.

18) Qui non divinat culpam non admittit. cf. l. 31 i. f. D. ad. leg. Aquil. (9, 2) §. 3—7 I. eod. tit. (4, 3) l. 29 §. 2 D. mand. (17, 1).

1) Über die Lehre von der Culpa vgl. Donellus Comment. jur. civ. l. XIV c. 6. 7, Schömann Lehre vom Schadenersatz Thl I Von der Culpa (Handbuch des Civilr. 1806 Bd I Nr. V S. 161—361; der erste Theil dieser Lehre vom Schadenersatz ist der unveränderte Abdruck der angef. V. Abhandl. vgl. Vorrede zum I. Thl. S. V.; diese Schrift des „berühmten" Schömann hat auf die Verfasser des bürgerl. Gesetzb. vielfach eingewirkt). Im selben Jahr (1806) erschien die auch heut zu Tage noch lesenswerthe Schrift von Löhr Die Theorie der Culpa; diese Schrift (welche den Verfassern des österr. Gesetzb. unbekannt geblieben zu sein scheint) rief eine Gegenschrift von Schömann hervor: Prüfung der Theorie der Culpa des H. v. Löhr 1806 (X. Abhandl. des II. Thls. des Handb. des Civilr. S. 231—291), worauf Löhr in seinen Beiträgen zu der Theorie der

Moment im Willen des Handelnden, vermöge dessen dieser als Urheber einer Rechtsverletzung, als Bewirker eines rechtswidrigen Erfolgs erscheint[2]. Die widerrechtliche Willensstimmung, die dem Recht zuwiderlaufende Richtung des Willens kann in zweifacher Weise stattfinden: hiernach hat die Schuld zwei Arten. Die widerrechtliche Willensstimmung kann nemlich im bewußten Wollen des Unrechts bestehen, indem man absichtlich etwas thut, oder absichtlich etwas unterläßt[3], was den rechtswidrigen Erfolg hervorbringt. Dieses bewußte Wollen des rechtswidrigen Erfolges, die auf die als solche erkannte Rechtsverletzung gerichtete Absicht nennt man Dolus (Vorsatz, bösen Vorsatz, bösen Willen, rechtswidriges Wollen, Arglist, dolus malus; §. 1294 a. b. G. B. „böse Absicht — wenn der Schade mit Wissen und Willen — verursacht worden ist"). Auf das Motiv,

---

Culpa 1808 anwortete. — 1815, also vier Jahre nach der Publication des bürg. Gesetzb., erschien das Hauptwerk in dieser Materie, die classische Schrift von Hasse Die Culpa des röm. Rechts (nach dieser 1. Aufl. wird hier citirt); eine vermehrte Ausgabe mit Zusätzen besorgte Bethmann-Hollweg nach Hasse's Tode 1838. — Selbständige Theorien suchten seither Elvers Doctr. jur. civ. rom. de culpa lineamenta (1823) und Kritz Über die Culpa nach röm. Recht (1823) aufzustellen (beide Schrift verdienten und fanden wenig Beachtung). Vgl. ferner Zirkler im R. L. III S. 83—131 und in neuester Zeit Mommsen Beiträge zum Obl. R. Bd III (1855): Beiträge zur Lehre von der Culpa S. 347 fg. und dazu die Recension von Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. für die gesammte Rechtsw. III S. 278 fg. — Diese Werke behandeln alle nur das röm. Recht (eine gelegentliche Berücksichtigung des germanischen Rechts findet sich aber auch schon bei Hasse): über die Grundsätze des deutschen Rechts von der Culpa vgl. Maurenbrecher Juris germanici de culpa doctrina (1827). 83 SS.) und Plathner Über die historische Entwicklung des Systems des deutschen Rechts (1854) Bd II S. 37—60.— Eine sehr reichhaltige Angabe der älteren Literatur über die Culpa findet sich bei Koch Recht der Forder. I §. 22 S. 230—232.

2) Culpa wird hier wie dieß gewöhnlich geschieht in subjectiver Beziehung genommen, als das Willensmoment, welches die Handlung in subjectiver Beziehung als eine widerrechtliche erscheinen läßt (vgl. Hasse Cap. I insbes. §. 10, vgl. auch Zirkler im R. L. III S. 84); hin und wieder wird Culpa so wie das deutsche Schuld auch in objectiver Beziehung gebraucht, um die objectiv und subjectiv widerrechtliche Handlung selbst, das geschehene Unrecht, zu bezeichnen z. B. damnum culpa datum (statt injuria datum), eine schwere Schuld begehen: in diesem objectiven Sinn wird das Wort culpa auch bei der Unterscheidung einer culpa in faciendo et non faciendo gebraucht, culposes Handeln oder culposes Unterlassen, das heißt rechtswidriges Handeln oder Unterlassen, das zur Schuld zugerechnet werden kann.

3) cf. l. 44 D. mand. (17, 1); mit Unrecht hat Löhr behaupten wollen, daß der Dolus nur bei positiven Handlungen (in faciendo) vorkommen könne; vgl. dagegen Hasse §. 19, Hänel §. 14.

welches den Thäter zum rechtswidrigen Handeln bestimmt, kommt es nicht weiter an[4]: wer durch Feindschaft, Schadenfreude, Muthwillen, aber auch wer durch Mitleid oder Freundschaft sich zur rechtswidrigen That hat bestimmen lassen, handelt dolos, weil er die Handlung als rechtswidrige erkannt und sie als solche gewollt und gesetzt hat[5]. Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob der Thäter die Rechtsverletzung sich zum Zweck gesetzt oder sie nur als Mittel zu einem andern Zweck verübt hat[6], wenn er nur die rechtsverletzende Handlung mit Bewußtsein ihrer rechtsverletzenden Natur unternommen hat. Dagegen ist Dolus nicht vorhanden, wenn sich jemand in einem factischen oder Rechtsirrthum über die Natur der rechtsverletzenden Handlung befand, welcher in derselben nichts Rechtswidriges erkennen ließ: der Irrthum, welcher die Handlung als eine erlaubte erscheinen ließ, schließt den Dolus aus[7], dafern er nicht etwa bloß auf Unbekanntschaft mit dem gesetzlichen Verbot einer verpönten Handlung beruht[8].

Die widerrechtliche Richtung des Willens kann aber auch in dem Mangel an gebührender Besonnenheit und Aufmerksamkeit bestehen, durch deren Anwendung die Verletzung vermieden worden wäre. Auch in diesem Fall liegt im Willen, nicht wie man früher häufig annahm im Verstand[9], die Wurzel des Unrechts, indem es dem

---

4) Löhr (Theorie der Culpa §. 6 Beiträge S. 18 fg.) wollte den Dolus durch den animus lucri faciendi charakterisiren, also bloß im Fall der Gewinnsucht Dolus annehmen: allein es ist kein Zweifel darüber, daß dieß viel zu eng sei (cf. l. 54 §. 1 D. de furt. 47, 2 — nec movere quem debet quasi nihil lucri sui gratia faciat — unde et is furti tenetur qui ideo rem amovet ut eam alii donet) vgl. Hasse §. 18.

5) Nur verweigerte das röm. Recht in einem solchen Fall, wo man aus an sich nicht verwerflichen Motiven die rechtswidrige Handlung unternimmt, die infamirende actio doli und gab bloß eine actio in factum (l. 7 §. 7 D. de dol. 4, 3) und spricht aus diesem Grund in solchen Fällen bloß von cupla lata dolo proxima (l. 7 pr. D. depos. 16, 3 l. 8 §. 10 D. mand. 17, 1) vgl. insbes. Mommsen S. 348 Note 1.

6) Es handelt daher z. B. auch jener dolos, der um schneller an einen Ort zu kommen, durch ein Feld reitet und die Saat niedertritt; vgl. Hänel §. 14.

7) „Der Dolus ist eine Thatsache, deren Dasein durch den Irrthum jeder Art ausgeschlossen wird", vgl. Savigny Beil. VIII Nr. XX. XXI; vgl. z. B. l. 3 §. 4 D. de injur. (47, 10) l. 46 §. 7 D. de furt. (47, 2) l. 2 §. 5 D. de dol. mal. exc. (44, 4) vgl. §. 2 lit. e des Strafges.

8) Vgl. Savigny III S. 389, Wächter §. 110 II.

9) So geschah dieß noch im westgaliz. Gesetzb. (III §. 420 „Jedes Verschulden rührt von einem vermeidlichen Fehler entweder des Verstandes oder des Wil-

Willen an der nöthigen Energie gebricht, die Verletzung zu vermeiden. Es fehlt die vom Willen ausgehende Anspannung der geistigen Kräfte, durch welche der Entschluß zur rechtsverletzenden Handlung abgewendet worden wäre; der Mangel an Energie des Willens hindert uns das zu sehen, was wir sehen könnten: wir sind in einem Versehen (§. 1294 a. b. G. B. Schuld im engern Sinn, Fahrlässigkeit, Nachlässigkeit, culpa im Gegensatze zum dolus [10]). Beim Dolus ist das Unrecht geradezu gewollt: bei der Culpa ist das Unrecht zwar nicht gewollt [11], aber da man es an der erforderlichen Energie des Willens, die Rechtsverletzung zu vermeiden, hat fehlen lassen, auch nicht ernstlich nicht gewollt [12]. Auch die Culpa kann wie der Dolus in einer positiven Handlung (culpa in faciendo) oder in einer bloßen pflichtwidrigen Unterlassung bestehen (culpa in non faciendo, culpa in omittendo [13]).

---

lens her: von einem Fehler des Verstandes, wenn man das nicht weiß oder bemerkt, was man wissen oder bemerken soll; von einem Fehler des Willens, wenn man von seiner erkannten Pflicht vorsätzlich abweicht. §. 421 a. b. G. B. Äußert sich der Fehler von Seite des Verstandes, so heißt er ein Versehen, eine Nachlässigkeit; äußert er sich von Seite des Willens, so heißt er eine Bosheit"); im Gesetzbuch vom Jahr 1811 ist diese Ansicht mit Recht aufgegeben und bloß gesagt worden §. 1294: „Die willkürliche Beschädigung gründet sich theils in einer bösen Absicht wenn der Schade mit Wissen und Willen; theils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist", und auch Zeiller III S. 703 bemerkt sehr richtig, das Versehen sei „der Mangel eines thätigen Willens, sich vor Beschädigung in Acht zu nehmen." (Auf die Spitze getrieben wurde jene Auffassung der Culpa als eines Verstandesfehlers von Almendingen Untersuchung über das culpose Verbrechen [1804 251 SS.] der consequent zu dem Schluß kam, das culpose Verbrechen lasse sich gar nicht imputiren.) Es erscheint hier somit jeder Verstandesfehler als ein Willensfehler und man könnte hierin eine Bestätigung des Satzes eines orginellen Denkers finden, daß der Wille den Verstand mache.

10) Unter Culpa schlechthin oder bloßer Culpa versteht man in der Regel die Culpa im Gegensatz zum Dolus vgl. z. B. l. 61 §. 5 D. de furt. (47, 2).

11) l. 5 §. 1 D. ad. leg. Aquil. (9, 2) Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

12) Es ist daher von manchen Schriftstellern (vgl. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinl. Rechts §. 120—122 und Koch Recht der Forder. I §. 22) versucht worden, den Dolus als den positiv-bösen Willen, d. i. als den Entschluß eine unerlaubte Wirkung hervorzubringen, und die Culpa als den negativ-bösen Willen zu charakterisiren, d. i. als den Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit anzustrengen.

13) l. 91 pr. D. de V. O. l. 1 pr. D. de tut. et rat. distrah. (27, 5) vgl.

III. Grade der Schuld.

§. 102. Der **Dolus** als das bewußte Wollen des Unrechts hat in privatrechtlicher Beziehung keine Grade [1]. Anders verhält es sich mit der **Culpa** im eigentlichen Sinn, dem **Versehen**: die Sorgfalt, welche man anzuwenden hat, um ein fremdes Privatrecht oder das besondere Verpflichtungsverhältniß, in dem man steht, nicht zu verletzen, läßt verschiedene Abstufungen zu. So verschiedene Grade der Besonnenheit und Aufmerksamkeit es gibt, so viele Grade der Culpa lassen sich unterscheiden, die zu einander in umgekehrtem Verhältniß stehen: je größer die Aufmerksamkeit sein mußte um die Verletzung hintanzuhalten, um so geringer ist die Culpa; mit je geringerer Sorgfalt die Verletzung hätte abgehalten werden können, um so größer ist die Culpa. In dieser Beziehung unterscheidet denn das positive Recht verschiedene Stufen, **Grade der Culpa**, nach welchen nach Verschiedenheit der betreffenden Verhältnisse zu ermessen ist, ob die gehörige pflichtmäßige Sorgfalt und Beflissenheit (diligentia) beobachtet oder vernachlässigt wurde (negligentia).

In Beziehung auf diese Grade der Culpa wurde von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit herauf fast [2] allgemein eine trichoto-

---

hierüber Hasse S. 105 fg.; die culpa in faciendo pflegt man auch die Aquilische Culpa zu nennen, über diese Culpa vgl. Hasse §§. 4—13.

1) Auch das westgalizische Gesetzbuch (dessen Vergleichung in dieser ganzen Materie von Interesse ist) sagt (III §. 428): „auf die Grade der Bosheit kann man keine weitere Rücksicht nehmen": dennoch thut dieß das bürgerl. Gesetzbuch vom Jahre 1811, indem es bestimmt, daß „wenn jemand an seinem Vermögen vorsätzlich beschädigt wird, er, wenn der Schade aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht worden ist, den Werth der besondern Vorliebe (vgl. Bd I §. 47) zu fordern berechtigt ist." „Überhaupt aber verstößt das bürgerl. Gesetzb. ebenso wie schon das westgaliz. Gesetzb. selbst in empfindlicher Weise gegen den von diesem (III §. 428) aufgestellten allein richtigen Grundsatz: „der widerrechtlich verursachte Verlust dient allein zum Maßstab der Verletzungsklagen", indem nach beiden Gesetzbüchern (westgaliz. Gesetzb. III §. 428 bürgerl. Gesetzb. §. 1324) im Fall einer culpa levi zugefügten Beschädigung nur der positive Schade (damnum emergens), nicht auch der negative (lucrum cessans) ersetzt wird: auf diese Art sehen denn beide Gesetzbücher bei der Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes statt auf den Umfang des erlittenen Vermögensnachtheils auf das subjective Moment der Verschuldung, das heißt sie verwechseln in nicht zu billigender Weise den civilrechtlichen Standpunkt mit dem strafrechtlichen; das Nähere im Obl. R. in der Lehre vom Schadensersatz.

2) Es gab nemlich auch Schriftsteller, welche mehr als drei Grade der Culpa

mische Gliederung der Culpa angenommen. Irre geführt durch die l. 44 D. ad leg. Aquil. 9, 2 (In lege Aquilia et levissima culpa venit) und manche Stellen des römischen Rechts, in denen eine Anhäufung von Ausdrücken oder die Form des Superlativs vorkommt[3], welche man nur durch eine Steigerung der Verpflichtung zur Aufmerksamkeit erklären zu können glaubte, unterschied man eine dreifache Culpa: culpa lata, culpa levis, culpa levissima. Die culpa lata sollte im Unterlassen jener Besonnenheit und Aufmerksamkeit bestehen, welche selbst die allergewöhnlichsten und unbefähigtesten Menschen anzuwenden pflegen; die culpa levis in der Vernachlässigung der Sorgfalt, welche fleißige und tüchtige Hausväter in ihren Angelegenheiten anzuwenden pflegen; die culpa levissima endlich sollte aus der Nichtanwendung einer Aufmerksamkeit und Besonnenheit hervorgehen, welche nur ganz außerordentlich begabte und ungewöhnlich fleißige Menschen anzuwenden im Stande seien. Der Widerspruch, welchen insbesondere[4] der große Donellus (Comment. jur. civ. lib. XVI) gegen diese Theorie erhob, blieb unbeachtet: die alte dreigliedrige Eintheilung erhielt sich, trotzdem daß jener mit Klarheit und Schärfe ihre Irrthümer aufgedeckt hatte, bis auf die neuere Zeit[5], insbesondere unter Berufung auf das Vernunftrecht, welches unbestreitbar drei Grade der Culpa erheische[6]. Erst Thi-

---

annahmen, so unterschieden Manche (z. B. Bartolus) zwischen culpa lata latior und latissima und noch in diesem Jahrhundert nahm Gensler in seinen Schriften Exercitat. ad doctr. de culpa (1818) und Beiträge zur Lehre von Diligenz und Culpa (1819) vier Grade der Culpa an.

3) Es sind dieß jene Stellen, in denen gesagt wird, es sei nebst Dolus und Culpa auch noch Diligentia zu prästiren (vgl. statt Aller Glück IV S. 332 Note 26), oder worin von einer diligentia exactissima, diligentia diligentissimi patrisfamilias gesprochen wird.

4) Über andere ältere Schriftsteller, welche eine zweitheilige Gliederung der Culpa aufstellten (zu denen auch Zasius gehört, vgl. jetzt Stintzing Ulrich Zasius [1857] S. 138 fg.), vgl. Glück IV S. 334 Note 30 und insbes. Hasse in der Vorrede zu seiner Schrift über die Culpa.

5) So bei Heineccius Elem. jur. civ. §. 787, Höpfner Comment. §. 757, dem Wiener Heineccius I S. 560 fg., Glück IV §. 322, Dabelow Lehrb. der Pandekt. I §. 109; ebenso bei Wächter De gradibus culpae in contractibus (1680), Pufendorf De culpa (1748) p. II. c. 6, Wehrn Doctr. jur. explicatrix princip. et causs. damni (1795) c. 3. 4. u. v. A.

6) So sagt Otto Diss. de praest. cas. c. 1 §. 11 Omnium rerum, quae gradus habent, quos juxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque fit;

baut nahm wieder die Ansicht Doneau's auf und verwarf die Annahme einer culpa levissima[7]; ihm folgte Löhr in seiner Theorie der Culpa, während Schömann noch immer an der dreigradigen Culpa festhielt[8]. Hasse endlich widerlegte in seinem classischen Werk die althergebrachte Eintheilung in so überzeugender Weise, daß sie seither sammt ihrem naturrechtlichen Fundament aus allen civilistischen Schriften verbannt ist und nur noch in Anmerkungen als literarhistorische Notiz fungirt. — Während nun jene ältere Annahme einer dreigradigen Culpa in das preußische Landrecht überging[9], ist im österreichischen Recht die richtige Ansicht zur Geltung gebracht worden[10]. Die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs[11] haben nemlich — in vermeintlicher Opposition gegen das römische Recht[12] — zunächst aus triftigen praktischen Gründen[13] die dreitheilige Gliederung der Culpa aufgegeben, so daß in dieser Beziehung nach öster-

---

sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat alter desinat definire licebit; diese Stelle führt nun Höpfner Comment. S. 836 Note 1 mit großer Befriedigung an, um zu beweisen, daß „es sehr vernünftig war, daß die Gesetzgeber drei Grade unterschieden.“ Und ebenso schließt Glück (S. 334) seine Darstellung der Trichotomie der Culpa mit den Worten: „dieß sind die drei Grade der Schuld, die sowohl das Vernunftrecht als das römische Recht anerkennt.“

7) In den frühern Auflagen seines Systems der Pandekten (1.—4. Auflage §. 230 fg.) stellte Thibaut compendiarisch Doneau's Lehre dar, in den folgenden Auflagen (5. [1818] §. 252 fg. — 8. Auflage [1834] §. 162 fg.) hielt er sich an die Darstellung Löhr's und Hasse's.

8) Schömann trat gegen Löhr auf, um sowohl für die aquilische Schuld die Annahme einer culpa levissima als die Behauptung zu retten, daß unter diligentia in Obligationsverhältnissen die äußerste Aufmerksamkeit zu verstehen sei, deren Vernachlässigung das geringste Versehen herbeiführe (Prüfung der Theorie der Culpa des Herrn v. Löhr im Handb. II Nr. X S. 231 fg.).

9) A. L. R. I 3 §§. 18. 20. 22; vgl. Koch Preuß. Privatr. I §. 142 und Recht der Forder. I § 23.

10) Auch nach französischem Recht gibt es nur zwei Grade der Schuld, Cod. c. a. 1137. 804. 1374. 1992, vgl. Troplong Traité de la vente nr. 361 sq. Zachariä Handbuch des französ. Civilr. II S. 225 fg.

11) Schon das westgaliz. Gesetzb. (III §§. 423—425. 429) hat nur zwei Grade der Culpa angenommen.

12) Zeiler III S. 712 fg.: „Darin (daß das Gesetzbuch bloß zwei Grade der Culpa aufstellt) weicht also unser Gesetz von der Theorie des gemeinem Rechts ab, welches für thätige Beschädigungen (d. h. für die aquilische Culpa l. 44 D. h. t.), obschon sie nur aus dem geringsten Grad des Versehens verursacht worden sind, Ersatz fordert“; vgl. auch S. 704 fg.

13) Zeiller III S. 707. 712. 716; vgl. auch Koch Preuß. Privatr. I §. 142 Note 5, Hasse §. 26 S. 129—137.

reichischem Recht ganz dasselbe gilt, was nach heutiger civilistischer Einsicht auch nach römischem und gemeinem Recht gilt.

Die Culpa hat nach österreichischem wie nach römischem Recht nur zwei Grade: auffallende Sorglosigkeit (grobes Versehen, culpa lata) und mindere Fahrlässigkeit (geringes Versehen, culpa levis).

Das grobe Versehen[14] (culpa lata) geht aus der Unterlassung jener Vorsicht und Achtsamkeit hervor, welche selbst der ganz gewöhnliche, nicht besonders umsichtige und begabte Mensch nicht zu unterlassen pflegt: wer eine solche Aufmerksamkeit nicht beobachtet, wer einen solchen Fleiß unterläßt, der begeht eine grobe Nachlässigkeit (magna, dissoluta negligentia). Ein grobes Versehen findet demnach statt: 1) wenn der Handelnde vorausgesehen hat, daß seine Handlung sehr wahrscheinlich den rechtswidrigen Erfolg, den er nicht herbeiführen will, hervorbringen werde und dennoch die Handlung setzt, indem er sich leichtsinniger Weise mit dem Gedanken beruhigt, der nachtheilige Erfolg werde doch wohl nicht eintreten. Hier findet ganz besonders ein Mangel an Energie des Willens statt, die Verletzung zu vermeiden ohne die auf das Unrecht selbst gerichtete Absicht (z. B. jemand macht an einem sehr windigen Tag im Walde Feuer, jemand geht mit einer offenen Pfeife in den Stall, jemand wirft an einem Ort, wo Menschen gewöhnlich zu gehen pflegen, vom Dache eines Hauses Ziegel herab, oder schießt an einem solchen Ort[15] u. s. f.). 2) Wenn der Handelnde zwar nicht vorhersah oder nicht wußte, daß seine Handlung einen rechtswidrigen Erfolg haben werde, dieses Nichtvoraussehen; dieses Nichtwissen aber ist nur das Nichtwissen eines leichtsinnigen unachtsamen frivolen Menschen (z. B. jemand drückt ein Gewehr auf eine Person oder ein Thier ab, ohne sich vor=

---

14) Vgl. Hasse §. 21 fg. S. 111 fg. und Mommsen Beiträge zur Lehre von der Culpa Nr. I. Zur Feststellung des Begriffs der culpa lata S. 347 — 360; über resp. gegen die neuen Grundlagen, auf welchen Mommsen in dieser Abhandlung den Begriff der culpa lata aufzustellen sucht, vgl. die Ausführungen von Windscheid in der angef. Recens. S. 279. 280.

15) Vgl. z. B. l. 50 §. 4 D. de furt. 47, 2 (vgl. über diese Stelle Hasse S. 77 fg., Mommsen S. 353 Note 6) l. 51 eod. l. 11 D. 47, 9; vgl. auch Seuffert Erörter. I S. 99 und Pandekt. I S. 129 lit. a. Der Handelnde hat in diesen Fällen den rechtswidrigen Erfolg zwar nicht gewollt, er hat ihn aber auch nicht nichtgewollt.

her versichert zu haben, daß es nicht geladen sei[16]). Dieser Fall des groben Versehens ist der häufigste und wichtigste; mit vorzugsweiser Beziehung auf ihn heißt es: Latae culpae finis est, non intelligere quod omnes intelligunt (l. 223 pr. D. de V. S.); lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt (l. 213 §. 2 eod.). 3) Wenn jemand auf fremde Sachen oder in der Besorgung fremder Angelegenheiten leichtsinniger (nicht nothwendig absichtlicher) Weise eine geringere Vorsicht und Sorgfalt anwendet, als er auf seine Sachen und in seinen Angelegenheiten zu verwenden pflegt, somit in frivoler Weise die fremden Angelegenheiten hinter die seinigen zurücksetzt. Dieß ist die sogenannte culpa lata in concreto, das heißt ein Versehen, welches nicht schon an sich (in abstracto) sondern erst durch Beziehung auf die concreten Verhältnisse des Handelnden (in concreto) sich als ein grobes herausstellt[17].

Dieses grobe Versehen steht dem bösen Vorsatz (Dolus) in der That sehr nahe: culpa lata dolo proxima[18]. Die Unterscheidung zwischen der bloßen Wahrscheinlichkeit und der Wirklichkeit des Vorhandenseins der auf die Rechtswidrigkeit gerichteten Absicht ist in den vorliegenden Fällen äußerst schwierig und bei der Innerlichkeit des Willens oft gar nicht mit Sicherheit zu machen[19]. Daher wird mit Recht die culpa lata auf dem Boden des Privatrechts dem Dolus insofern[20] gleichgestellt, daß sich die civilrechtliche Haftungspflicht in gleicher Weise auf dolus und culpa lata bezieht und daß

---

16) Hierher gehören auch die Nr. 1 angeführten Beispiele, wenn der Handelnde den wahrscheinlich eintretenden Erfolg nicht vorhersah, z. B. jemand macht an einem windigen Tag im Wald Feuer, ohne zu bedenken, daß leicht ein Waldbrand entstehen kann; cf. l. 30 §. 3 l. 31 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

17) l. 32 D. depos. (16, 3) — nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit. l. 22 §. 3 D. ad Sc. Trebell. (36, 1).

18) l. 226 D. de V. S. Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. l. 1 §. 1 D. si mens. fals. mod. (11, 6) Lata culpa plane dolo comparabitur. l. 22 §. 3 cit. l. 29 pr. D. mand. (17, 1) Dissoluta enim negligentia prope dolum est l. 8 §. 3 i. f. D. de precar. (43, 26).

19) Das westgal. Gesetzb. (III §. 425) sagt: „Das gröbste Versehen scheint mehr ein Fehler des Willens als des Verstandes zu sein (vgl. vorherg. §. Note 9): es grenzt an Bosheit und wird, wenn es um Ersatz zu thun ist, auch als Bosheit ausgelegt."

20) Gewöhnlich (z. B. Glück IV §. 323 und neuerlich wieder Mommsen S. 354 fg.) lehrt man, daß die culpa lata dem dolus auf dem Gebiet des Privat-

in vielen (nicht in allen[21]) Stücken die gleichen privatrechtlichen Grundsätze für die grobe Fahrlässigkeit wie für den bösen Vorsatz gelten[22]. Diese Gleichstellung hat jedoch für das österreichische Recht eine andere praktische Bedeutung als für das gemeine Recht wegen der verschiedenen Grundsätze, welche nach den beiden Rechtssystemen in Ansehung der Prästation der Culpa und des Umfangs des zu leistenden Schadenersatzes gelten[23].

---

rechts (mit Ausnahme der Wirkung der Infamie) durchaus gleich stehe; allein dieß ist entschieden unrichtig (vgl. auch die folgende Note und Wächter II §. 112 Note 12): so kann ein Delict, welches Dolus voraussetzt, nicht als vorhanden angenommen werden, wenn bloß culpa lata im concreten Fall vorhanden ist (l. 7 D. ad leg. Corn. de sicar. 48, 8 l. 3 §. 4 D. de injur. 47, 10) und ebensowenig ist jener ein malae fidei possessor, der wenn auch aus noch so grobem Irrthum sich für den Eigenthümer der Sache hält. (Die meisten österr. Schriftsteller behaupten zwar unter Berufung auf §. 326 und §. 368 a. b. G. B., daß nur der in einem entschuldbaren Irrthum befindliche Besitzer als redlicher Besitzer anzusehen sei: allein diese Ansicht beruht m. E. auf einem Mißverständniß jener §§, wie in der Lehre vom Besitz gezeigt werden soll.)

21) So z. B. findet nach gemeinem Recht ein Regreß des zahlenden Solidarschuldners dann nicht statt, wenn dieser durch seinen Dolus zugleich mit Andern zur Leistung des Schadensersatzes verbindlich geworden ist, während ein solcher Regreß im Fall einer culpa lata zugefügten Verletzung allerdings stattfindet (l. 30 D. de neg. gest. 3, 5 l. 1 §§. 13. 14 D. de tut. et rat. distrah. 27, 3 l. 4 D. de his qui effud. 9, 3, vgl. Savigny Obl. R. I S. 259 fg. insbesondere S. 256—258, Arndts §. 214 a. E.; das österr. Recht §. 1302 a. b. G. B. läßt in einem solchen Fall ohne Unterschied Regreßanspruch zu); ebenso findet nach österreich. Recht (anders nach gemeinem Recht vgl. Savigny Obl. R. I S. 198 fg. S. 256 fg.) eine solidarische Haftung wegen einer gemeinsam zugefügten Verletzung in der Regel nur in dem Fall statt, daß die Beschädigung „vorsätzlich" (dolo) zugefügt wurde, während im Fall einer culpa lata zugefügten Beschädigung jeder der Schuldigen pro rata haftet „dafern sich die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung bestimmen lassen" (§ 1302 a. b. G. B.). — Ebenso ist zwar ein Vertrag, wodurch jemanden im voraus das Haften für Arglist erlassen wird (pactum ne dolus futurus praestetur), ungültig, während dagegen sowohl nach gemeinem als nach österreichischem Recht das Haften für grobe Fahrlässigkeit allerdings im vorhinein erlassen werden kann (vgl. insbes. Wächter §. 112 Note 19).

22) Vgl. die Stellen der Note 18 (andere Stellen finden sich zahlreich angeführt bei Mommsen S. 354 Note 10). Für das österr. Recht sprach schon das westgal. Gesetzbuch die principielle Gleichstellung aus (III §. 425. vgl. Note 19): im bürgerl. Gesetzb. findet sich diese Gleichstellung in den §§. 1324. 1331 (vgl. folg. Note).

23) Während nach gemeinem Recht für die Prästation der Culpa in obligatorischen Rechtsverhältnissen mit billiger und durchaus entsprechender Berücksichtigung der einzelnen Verhältnisse verschiedene Bestimmungen gelten, wonach der Obligirte bald für culpa levis in abstracto, bald für culpa levis in concreto, bald bloß für dolus haftet, dem aber eben in dieser Beziehung die culpa lata gleichsteht, herrscht nach österr. Recht in nicht zu billigender Weise die durchgreifende aus-

Das geringe, mäßige Versehen[24] (culpa levis) besteht in der Vernachlässigung jener Sorgfalt, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater (§§. 228. 513 a. b. G. B.) regelmäßig beobachtet (diligentia diligentis patrisfamilias [25]). Den Mangel dieser Sorgfalt, diesen Grad der Culpa versteht man gewöhnlich, wenn von Versehen schlechtweg, von Culpa schlechthin gesprochen wird [26]. Eine höhere Sorgfalt als diese braucht man nicht zu beobachten; es ist dieß die geringste Schuld für die man verantwortlich gemacht wird: eine über die culpa levis hinausgehende culpa levissima gibt es weder nach gemeinem [27] noch nach österreichischem Recht. Die culpa levis bildet die Grenze der Verantwortlichkeit, sie ist selbst schon omnis culpa: über diese Grenze hinaus fängt der Zufall an, der dem Handelnden nicht zugerechnet wird. Wenn also eine Beschädigung zugefügt wurde, welche nur durch eine solche Geistesthätigkeit, die bloß besonders begabte Menschen besitzen, oder durch eine ängstliche Genauigkeit und Vorsicht, welche nur pedantischen Menschen eigen ist, oder

nahmslose Dispositivvorschrift, daß innerhalb eines jeden obligatorischen Verhältnisses für omnis culpa gehaftet werde (daher denn z. B. selbst der Schenkgeber aus dem Schenkungsversprechen und der Depositar für culpa levis einstehen muß!) so daß insofern die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus von keiner Bedeutung ist. Während dagegen nach gemeinem Recht der Beschädiger sowohl außerhalb als innerhalb des obligatorischen Nexus (vgl. vorläufig Vangerow III §. 571 Anmerk. 3) ohne Rücksicht auf den Grad der Culpa für den ganzen zugefügten Vermögensverlust, also sowohl für den positiven als den negativen Schaden und nicht bloß für die vera rei aestimatio sondern für das s. g. interesse singulare ratione utilitatis Bd I §. 47 Note 16) einstehen muß, wird nach österr. Recht in Folge einer nicht zu rechtfertigenden Vermischung des civilrechtlichen Standpunkts mit dem strafrechtlichen in diesen Beziehungen unterschieden (vgl. Note 1 und Bd I S. 376. 377), ob der Schade culpa levi oder dolo zugefügt worden sei (§§. 1324. 1331. 1332 a. b. G. B.) und in dieser Rücksicht (vgl. Note 19) die culpa lata dem dolus gleichgestellt.

24) Vgl. Hasse S. 89 fg., 119 fg., Mommsen Nr. II Bemerkungen über culpa levis (S. 360—374).

25) l. 25 pr. i. f. D. de probat. (22, 3) — homo diligens et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse l. 65 pr. i. f. D. de usufr. (7, 1) — debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ispe (sc. usufructuarius) facere (§. 513 a. b. G. B.) l. 14 D. de act. pign. (13, 7) l. 54 D. de A. E. V. (19, 1) l. 39 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

26) l. 31 D. ad leg. Aquil. (9, 2) — Culpam esse quum quod a diligente provideri poterit non esset provisum —.

27) Löhr Theorie der Culpa §. 22 Beiträge S. 140—145, Hasse §§. 40—42. 57—65, Seuffert Erörter. I S. 102 fg., Vangerow I §. 107 Anm.

nur durch eine solche Anspannung und Überspannung der Kräfte, welche in's Ungewöhnliche, Außerordentliche geht, hätte vermieden werden können, so wird diese Beschädigung dem Beschädiger nicht zugerechnet (ea res suo periculo non est l. 54 pr. D. de A. E. V.[28]), und es treten die Folgen des zufälligen Schadens ein (§. 1311 a. b. G. B.). — Von dieser culpa levis handelt das bürgerliche Gesetzbuch im §. 1297, indem es als den höchsten zu prästirenden Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit denjenigen bezeichnet, „welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann"[29]. Die Vernachlässigung dieser Sorgfalt bildet die geringste Schuld, für die jemand verantwortlich wird. Unter dem Fleiß und der Aufmerksamkeit, „welche bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann", ist aber wohl dasselbe zu verstehen, was das Gesetzbuch an andern Stellen (§§. 228. 513) die Aufmerksamkeit „eines redlichen und fleißigen Hausvaters", die Sorgfalt „eines guten Haushälters" nennt: jene (freilich nicht ganz passende) Ausdrucksweise erklärt sich daraus, daß die Verfasser des Gesetzbuchs einerseits den von der damaligen Doctrin allgemein postulirten dritten Grad der Culpa (die culpa levissima), die Verpflichtung zu ungewöhnlichem Fleiß und außerordentlicher Aufmerksamkeit negiren, und andererseits hervorheben wollten[30], daß der Maßstab der diligentia eines diligentis patrisfamilias nicht das „hohe abstracte Ideal" eines tüchtigen Hausvaters sei. Auch dieß Letztere ist ganz richtig: die s. g. diligentia in abstracto läßt sich nicht nach einem für alle Fälle gleichen Maßstab bemessen, sondern es muß in concreten Fällen stets darauf gesehen werden, welche Sorgfalt ordentliche Hausväter gleichen Alters und Standes in demselben Land in solchen Fällen anzuwenden pflegen[31]; daher

28) l. 31 i. f. D. ad leg. Aquil. (9, 2) l. 18 pr. D. commod. (13, 6) l. 1 §. 4 D. de O. et A. (44, 7).

29) Legt man alles Gewicht darauf, daß der Handelnde für jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit einstehen muß, der überhaupt „bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet (d. h. erreicht) werden **kann**", nicht für jenen, den Menschen mit gewöhnlichen Fähigkeiten anzuwenden **pflegen**, so verschwindet die (Bd I §. 13 Note 38 statuirte) Nothwendigkeit einer abrogirenden Interpretation dieses §. 1297, der trotz aller sonstigen Mängel doch noch befriedigender abgefaßt ist als der §. 424 Thl III des westgal. Gesetzb.

30) Vgl. **Zeiller** III S. 712 fg.

31) cf. l. 137 §§. 2. 3 D. de V. O. — quanto tempore diligens paterfa-

denn auch in den Fällen der §§. 1299. 1300 a. b. G. B. nicht die Veranlassung zur Annahme einer culpa levissima liegt, da eben nur der Maßstab ein anderer ist, der behufs der Bemessung der anzuwendenden Sorgfalt anzulegen ist[32].

---

milias conficere possit — sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis —; vgl. Hasse §. 26 S. 129 fg. 136 fg., Hänel Lehre vom Schadenersatz §§. 27. 28. Es wird daher z. B. die Frage, ob der Usufructuar die Pflichten eines guten Haushälters (§. 513 a. b. G. B.) erfüllt habe, in der Lombardei und in Böhmen nach einem andern Maßstab zu bemessen sein, als in Slavonien oder in der Woiwodina. — Was Zeiller a. a. O. auseinandersetzt, stimmt vollkommen mit dem überein, was Hasse S. 137 in folgender Weise ausspricht: „Ohne Zweifel ist hier auf Volkssitte und Volksweise Rücksicht zu nehmen, denn auch nach dieser richtet sich die gewöhnliche Fähigkeit der Einzelnen und ein türkischer Richter, der von seinen Landsleuten die Agilität eines Franzosen fordern würde, handelte ebenso thöricht, als wer von einem Kranken die Stärke eines Gesunden fordern wollte: ein Abstractum von menschlicher Culturfähigkeit aber über die Culturfähigkeit des Volkes und Landes, worin man lebt, hinaus auf die Culpa angewandt, halte ich für ein wahres Unding und ein jeder wird nach reiferer Überlegung es dafür halten." Dagegen scheint Zeiller die diligentia in abstracto, deren Unterlassung die culpa levis ausmacht, viel zu nieder anzusetzen (wie dieß wohl auch früher öfters geschah, vgl. Hasse S. 121. 122), wenn er sagt (S. 713): „Diese Strenge (nemlich die Verpflichtung zu außerordentlichem Fleiß und ungewöhnlicher Aufmerksamkeit, culpa levissima) ist dem bürgerlichen Leben, wo in dem Gedräng und Gewühle der Geschäfte auch der ordentlichste Bürger nicht alle seine Handlungen und Schritte mit unverwandter Aufmerksamkeit abzirkeln kann, nicht angemessen. Wer kann es z. B. einem eiligen Gewerbsmann zum Versehen anrechnen, wenn er auf der Kothstraße ein Kleidungsstück seines Nachbars mit Koth befleckt, oder wenn der geschäftige Copist das Blatt seines Nachbars mit Tinte bespritzt?" Was nemlich den ersten Fall betrifft, so ist derselbe ohne Zweifel in der von Zeiller gegebenen Weise zu entscheiden, aber nicht deßhalb weil der eilige Gewerbsmann sich in culpa levissima befindet, sondern weil jeder, der auf der kothigen Straße geht, sich der Gefahr aussetzt, bespritzt zu werden (arg. l. 9 §. 4 l. 11 pr. D. ad leg. Aquil.), daher es nicht weiter darauf ankommt, ob jener ein Gewerbsmann sei und Eile habe oder nicht. Den zweiten Fall aber wird man dahin entscheiden müssen, daß der „geschäftige Copist" den Schaden, falls ein solcher wirklich angerichtet wurde, ersetzen müsse: man nehme nur den Fall, daß neben diesem ein anderer Copist sitze, der mit der Vollendung einer bogenlangen Abschrift sein Taggeld verdient, und jener schüttet über die fertige Copie die Tinte aus, so daß der Lohn verloren ist, in welchem Fall sicher culpa levis, unter Umständen sogar cupla lata vorhanden ist! Freilich, ist „das Blatt bloß mit Tinte bespritzt", so mag jener Copist von Ersatzpflicht frei sein: aber nicht weil er in culpa levissima ist, sondern weil ein zu ersetzender Schade nicht vorhanden ist.

32) Dieß hat schon Zeiller III S. 717 fg. sehr richtig hervorgehoben, während viele Schriftsteller der ältern Schule (z. B. Höpfner §. 759 Nr. 5, Glück IV §. 322, Dabelow I §. 111) hierin einen Fall der culpa levissima sehen wollten; vgl. dagegen auch Hasse S. 122—124, Mommsen S. 365 fg. cf. §. 7 I. de leg. Aq. (4, 3) l. 7 §. 8 l. 8 §. 1 l. 27 §. 29 D. ad leg. Aquil. (9, 2)

So wie es eine culpa lata in concreto gibt, so gibt es auch eine culpa levis in concreto[33]. Unter dieser versteht man die Unterlassung jener Sorgfalt, welche die betreffende Person in ihren eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (der diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, diligentia in concreto[34]), sollte diese auch geringer sein, als die eines tüchtigen Hausvaters[35]. In diesem Fall wird ein relativer, subjectiver Maßstab zur Bemessung des schuldigen Fleißes und der zu leistenden Sorgfalt angenommen, während sonst der Maßstab ein absoluter, objectiver ist (diligentia in abstracto). Die culpa levis in concreto ist somit kein besonderer Grad der Culpa, sondern eine (erleichternde) Modification der culpa levis.

In Beziehung auf körperliche (insbesondere bewegliche) Sachen macht sich die anzuwendende Sorgfalt häufig in einer besondern Richtung geltend, insofern nemlich der Verpflichtete die Sache vor jedem derselben drohenden Schaden, also vor Untergang und Verschlechterung (insbesondere vor Entwendung) zu schützen hat[36]. Diese Obsorge (Verwahrung, custodia §§. 964. 970. 1111 a. b. G. B.[37]) ist eine besondere Richtung, nicht ein besonderer Grad des Fleißes: sie ist Fleiß im Bewahren, diligentia in custodiendo, und

---

l. 9 §. 5 l. 13 §. 5 D. loc. (19, 2): hierauf bezieht sich der Satz Imperitia culpae adnumeratur l. 132 D. de R. J. — Man hat hier nemlich zu fragen, was ein tüchtiger Fachgenosse (plerique homines ejus conditionis l. 137 §. 1 D. de V. O.) z. B. ein Arzt, ein Uhrmacher gethan haben würden.

33) Die culpa lata in concreto und die culpa levis in concreto unterscheiden sich 1) darin, daß jene eine Erweiterung, diese eine Beschränkung der Haftungspflicht ist, 2) in Ansehung der Beweislast: materiell dagegen unterscheiden sie sich nicht, indem beide in der Unterlassung der Sorgfalt bestehen, welche der Verpflichtete in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es herrschen jedoch über das Verhältniß der culpa in concreto zur culpa in abstracto sehr verschiedene Ansichten vgl. neuerlichst Mommsen Nr. III und dazu Windscheid S. 281 fg.

34) l. 25 §. 16 D. famil. ercisc. (10, 2) l. 72 D. pro soc. (17, 2) l. 17 pr. D. de J. D. (23, 3) vgl. Hasse §. 40 fg., Hänel §. 29 fg.

35) Für das österr. Recht ist dieser Begriff freilich in der Regel ohne praktische Bedeutung aus dem Note 23 angegebenen Grund.

36) l. 5 §. 22 i. f. D. ut possess. legat. (36, 4) — ita — custodire ut neque — auferantur, neque depereant deterioresve fiant.

37) Vgl. Hasse Cap. VIII. X, Hänel §. 32, Vangerow I §. 105 Anm.

so verschiedene Grade der Diligentia es überhaupt gibt, so verschiedene Grade hat auch die Custodia.

Neunzehntes Capitel.

Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse.

I. Einfluß der Zeit auf die Rechtsverhältnisse.

1) Im Allgemeinen.

§. 103. Alles was geschieht, geschieht in der Zeit: quamquam nihil ex tempore fit, tamen nihil nisi in tempore fit. Auch die Thatsachen, an welche das Recht juristische Wirkungen knüpft, ereignen sich in der Zeit: insofern bildet die Zeit im Allgemeinen das Element, in welchem die Ereignisse vor sich gehen, welche die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse herbeiführen. Allein in Ansehung vieler Rechtsverhältnisse erhebt sich die Zeit zu einer höhern selbständigen Bedeutung, indem sie eines der Momente wird, von denen die Rechtsveränderung abhängt; in diesen Fällen gewinnt die Zeit ein besonderes juristisches Interesse, indem sie zu den juristischen Thatsachen in eine nähere Beziehung tritt, und selbst einen der Factoren bildet, deren Product die Entstehung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses, der Erwerb oder Verlust eines Rechts oder einer rechtlichen Fähigkeit ist. Zu dieser Bedeutung gelangt die Zeit theils durch Rechtsvorschrift, und zwar sowohl durch allgemeine als individuelle, theils durch richterliche Bestimmung, theils durch den Willen der ein Rechtsgeschäft vornehmenden Parteien. Dieser Einfluß der Zeit auf die Rechtsverhältnisse äußert sich im Allgemeinen in folgender Weise[1]:

1) Häufig wird ein Rechtsverhältniß resp. ein Recht an eine bestimmte Zeit gebunden, so daß das Rechtsverhältniß erst mit einem

---

1) Vgl. insbes. Savigny System IV §. 177, Puchta Pandekten §. 73 Vorles. I S. 164 fg.

gewissen Moment beginnt oder nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt dauert, resp. das Recht erst mit einem gewissen Zeitpunkt erworben ist oder mit einem gewissen Moment untergeht; dieser Einfluß kann der Zeit theils durch die Willkür der Parteien verschafft werden, indem sie dem Rechtsgeschäft eine Zeitbestimmung (dies vgl. oben §. 83) hinzufügen, theils durch individuelle Rechtsvorschrift (z. B. bei Moratorien, bei Privilegien überhaupt, welche nur auf eine gewisse Zeit ertheilt werden), theils durch allgemeine Rechtsregel (z. B. im Fall des §. 1243 oder §. 1367 a. b. G. B.).

2) In Ansehung mancher Rechte, Willenserklärungen und Handlungen ist ein gewisser Zeitraum bestimmt, innerhalb dessen das Recht auszuüben, die Erklärung abzugeben, die Handlung vorzunehmen ist (Fristen[2], dilationes, tempora), häufig mit der Wirkung, daß nach Ablauf der Frist das Recht erloschen, die Befugniß zur rechtswirksamen Abgabe der Erklärung resp. zur rechtswirksamen Vornahme der Handlung verloren ist (Fallfristen, Präclusivfristen, peremtorische Fristen). Fristen können sowohl durch gesetzliche Vorschrift (z. B. §§. 201. 259. 862. 1075. 1141 a. b. G. B., gesetzliche Prozeßfristen[3]), [als durch richterliche Bestimmung (richterliche Prozeßfristen)] oder den Willen der Parteien festgesetzt sein. — Dagegen gibt es auch Zeiten, innerhalb deren oder zu welchen eine Handlung nicht vorgenommen werden soll (z. B. gerichtliche Ferien, das tempus clausum bei der Ehe[4], der Fall des §. 120 a. b. G. B.).

---

2) Frist bedeutet überhaupt einen abgegrenzten Zeitraum (vgl. Schmitthenner-Weigand Deutsches Wörterb. 3. Auflage. S. 369), insofern spricht man von Lebensfrist, Bedenkfrist, Ersitzungs-, Verjährungsfrist u. s. f. Im engern eigentlichen Sinn bedeutet Frist den Zeitraum, innerhalb dessen (terminus intra quem) ein Recht ausgeübt, eine Willenserklärung abgegeben, eine Handlung vorgenommen werden soll (vgl. Buddeus im R. L. IV S. 362 fg.). Ist die Handlung zu einer bestimmten Zeit (an einem bestimmten Tag, zu einer bestimmten Stunde) vorzunehmen, so heißt die Zeit Termin (z. B. Zahlungstermine): im gewöhnlichen Leben aber werden die Ausdrücke Frist und Termin häufig miteinander verwechselt (z. B. ein Termin von drei Wochen; vgl. Buddeus S. 362, Bayer Vorträge S. 463. 464).

3) Die Lehre von den Prozeßfristen und die Unterscheidungen, welche in dieser Beziehung sowohl gemeinrechtlich (vgl. Buddeus a. a. O., Bayer Vorträge §. 146, Linde Civilprozeß §. 173) als nach österr. Recht (vgl. Beidtel Das ordentl. Verfahren in Streitsachen §. 90) gemacht werden, gehören in das Prozeßrecht.

4) Vgl. Schulte kathol. Eher. §. 36.

3) Mit der gewissen Dauer eines Zustandes sind häufig besondere rechtliche Wirkungen verbunden; so z. B. hängen mit der Dauer des Lebens die Altersstufen zusammen, mit deren Erreichung der Mensch in bestimmte Kreise der Handlungsfähigkeit tritt (oben §. 76) oder gewisse andere rechtliche Wirkungen verbunden sind (Bd I §. 37); so führt der eine gewisse Zeit dauernde Besitz eines Rechts zur Erwerbung desselben (Ersitzung), die eine gewisse Zeit dauernde Unterlassung der Ausübung einer Servitut zum Verlust derselben (non usus), die eine gewisse Zeit dauernde Nichtanstellung einer Klage zum Verlust derselben (Klagverjährung); so gibt die eine gewisse Zeit dauernde (qualificirte) Abwesenheit einen Grund zur Scheidung oder Trennung der Ehe (§§. 109. 115 a. b. G. B.) oder zur Aufhebung der väterlichen Gewalt (§. 176 a. b. G. B.).

4) Endlich kommt die Zeit auch sonst noch auf dem Rechtsgebiet in mannichfacher individueller Weise in Betracht (vgl. z. B. §§. 138. 163. 384. 1118. 1135. 1136. 1232 a. b. G. B.).

In Ansehung dieses verschiedenartigen auf das ganze Rechtsgebiet sich erstreckenden Einflusses der Zeit bedarf es näherer Bestimmungen über die Eintheilung und Berechnung der Zeit.

2) Insbesondere von der Verjährung.

§. 104. Es ist bekannt, daß die ältere Doctrin[1] die Usucapion und die Klagverjährung durch Abstraction und Generalisirung in höhere allgemeine Begriffe verwandelte: aus jener ging der allgemeine Begriff des Erwerbs von Rechten überhaupt mittelst der eine gewisse Zeit lang fortgesetzten Ausübung eines Rechts hervor, aus letzterer der allgemeine Begriff des Verlusts von Rechten überhaupt

---

1) Vgl. Rave Principia universae doctrinae de praescriptione (cum notis Eichmannii 1790), Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung (1. Aufl. 1788) §. 497 fg., Thibaut Über Besitz und Verjährung (1802 Thl II) System der Pandekten (7. Aufl.) §. 1002 fg., Dabelow Über die Verjährung (2 Bde 1805. 1807), Kori Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten (1811), Unterholzner Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz (1815) Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (2 Bde 1828). (Die ältere Literatur s. bei Unterholzner Verjährungslehre I §. 5 und Kori §§. 3. 4.)

mittelst der eine gewisse Zeit fortdauernden Versäumniß der Ausübung eines Rechts. Diese beiden Begriffe wurden alsbald als Arten Einer Gattung aufgefaßt[2], indem man in beiden Fällen das gemeinsame Moment einer Veränderung in Rechten durch Ablauf einer gewissen Zeit wahrnahm[3], und in beiden Fällen je nach Verschiedenheit des gewählten Standpunkts ebensowohl vom Verlust eines Rechts als vom Erwerb eines Vortheils sprechen konnte[4]. Auf diese

---

2) Vgl. über diese Auffassung der älteren Schule insbesondere Savigny IV §. 178.

3) Ging man einmal von diesem durch die willkürlichste Abstraction gebildeten Begriff aus, dann konnte man sich freilich auch für berechtigt halten, selbst in jenen Fällen, in welchen ein Recht durch gesetzliche oder gewillkürte Bestimmung an eine gewisse Dauer gebunden ist (z. B. der Usus fructus einer juristischen Person auf 100 Jahre), mit dem Ablauf der Zeit von einer Verjährung zu sprechen, und so nahm man denn auch öfters eine sogenannte praescriptio momentanea an, welche in dem Fall vorhanden sein sollte, wenn ein Recht, das sogleich hätte ausgeübt werden sollen, nicht ausgeübt worden sei, wofür man als Beispiel gewöhnlich das s. g. jus defensionis violentae anführte. Die besonneneren Juristen hielten sich von dieser monströsen Auffassung stets fern, indem sie von dem Begriff der Verjährung die s. g. jura sua natura temporaria ausschlossen, welche sie (vgl. z. B. Eichmann in der Note zu Rave §. 1) als Rechte definirten, quae temporis spatio finiuntur, sive usus accedat sive non, und jenen Begriff daher auf die Fälle restringirten, in welchen die Nichtausübung des Rechts durch eine gewisse Zeit die Ursache des Verlusts desselben ist; vgl. Dabelow I Einl. §. 10, Kori §. 48 Nr. 2, Unterholzner Verjährungslehre I §. 1 Nr. 4—7, Thibaut Besitz II §. 1 fg. System §. 1002.

4) Auch bei der Erwerbung eines Rechts durch fortgesetzte Ausübung kann man von einem Verlust sprechen, wenn man denjenigen vor Augen hat, dem gegenüber das Recht erworben wird, und bei dem Verlust eines Rechts durch fortgesetzte Nichtsausübung von einem Erwerb, wenn man denjenigen berücksichtigt, der aus diesem Verlust den Vortheil zieht. Indem sich die älteren Schriftsteller (übrigens mit Bewußtsein dieser doppelten Möglichkeit vgl. z. B. Kori §. 49, Dabelow Einleit. I §. 13) bald auf den einen bald auf den andern Standpunkt stellten, entstanden (durch Verwechslung der Ursache mit der Wirkung vgl. Note 5) folgende zwei Classen von Definitionen des Gattungsbegriffs der Verjährung: 1) Der Verlust eines Rechts, welches sich darauf gründet, daß jemand binnen einer gewissen Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat, heißt Verjährung (so z. B. Thibaut Besitz II §. 1 System §. 1002, Westphal §. 498; vgl. auch Savigny IV S. 310); 2) Verjährung ist der Erwerb eines Vortheils aus dem Grunde, weil ein Anderer sein Recht innerhalb einer gewissen Zeit nicht ausgeübt und daher verloren hat; so z. B. Höpfner §. 393, den auch hier wieder der Wiener Heineccius I §. 438 wörtlich ausschreibt, Kori §. 28. (Perthaler „Zur Theorie der Verjährung" in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgel. 1842 II Nr. XXX S. 29 fg. versucht es, „der Gedankenspur der Verjährung im Organismus der Rechtswelt nachzugehen und auf diese Weise den Punkt zu finden, wo sie sich als nothwendiges Glied in der Begriffskette an das übrige Staats-

Art gelangte die ältere Schule zu dem allgemeinen Begriff der Verjährung (praescriptio) als der Veränderung[5] in Rechten durch Ablauf einer gewissen Zeit, während welcher sie ausgeübt oder nicht ausgeübt worden sind[5a]. Diese Verjährung im weitern Sinn unterschied man wieder der Wirkung, der Zeit und der Quelle nach[6]. Der Wirkung nach unterschied man die Verjährung in eine erwerbende (Acquisitivverjährung, praescriptio acquisitiva, Ersitzung, von der älteren Schule positive Verjährung genannt) und in eine erlöschende (aufhebende Verjährung, Exstinctivverjährung, praescriptio exstinctiva, von der äl-

und Rechtswesen natürlicher Entwicklung gemäß anschließt" [S. 30], und meint, daß „selbst dann, wenn die Verjährung sich nicht als ein nothwendiges Moment in der begriffsmäßigen Rechtsentwicklung darstellte, man sie nicht als einen Rechtsverlust charakterisiren dürfte" [S. 48]; ihm ist die Ersitzung „eine aus dem Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum mit logischer Nothwendigkeit hervorgehende Rechtsfolge" [S. 55] und die s. g. erlöschende Verjährung „die Erhebung der thatsächlichen Unbeschränktheit durch Nichtausübung zur wirklichen Nichtbeschränkheit" S. 46.)

5) Verjährung bedeutet wie Veränderung einen Zustand, den Zustand des Zeitlaufs, während dessen ein Recht ausgeübt oder nicht ausgeübt wird; wie man aber so häufig den Ausdruck Veränderung gebraucht, um das Anderssein (das Andersgewordensein) nicht bloß das Anderswerden zu bezeichnen, so verwechselt man häufig auch in Ansehung des Ausdrucks Verjährung die Ursache mit der Wirkung und definirt häufig (vgl. Note 4 und später im Text) die Verjährung als den Erwerb oder Verlust eines Rechts, während sie doch nur eine Erwerbs- oder Erlöschungsart von Rechten ist. (So definirte man ja früher auch die Occupation häufig als Erwerbung des Eigenthums durch Besitzergreifung einer herrenlosen Sache, während die Occupation doch nur Besitzergreifung, also die Ursache der Erwerbung, bedeutet.)

5a) Diese Begriffsbestimmung der Verjährung (welche gewiß, wenn man schon überhaupt Verjährung in einem so weiten abstracten Sinn nimmt, die richtige ist, vgl. auch Puchta Vorles. I S. 165) gibt Unterholzner Verjährung I §. 1; vgl. auch Schilling II §. 98, Schweppe I §. 157 (welche hervorheben, daß „das röm. Recht eine Zurückführung der einzelnen Fälle der Verjährung auf einen allgemeinen Begriff und zwei Hauptarten nicht erwähne, ja nicht einmal einen allgemeinen Namen für Verjährung habe"). Diese Definition findet sich im Wesentlichen auch im A. L. R. I 9 §. 500 (vgl. Materialien S. 451 fg.) und im sächsischen Entwurf §. 169.

6) Andere Eintheilungen und Unterscheidungen der Verjährung, welche die ältere Schule noch machte, z. B. in eigentliche und uneigentliche Verjährung, in schützende, erhaltende und bestärkende, in rein entziehende, befreiende und befestigende, in günstige, gehässige und gemischte u. s. w. (vgl. z. B. Unterholzner Verjähr. I §. 2, Dabelow I Einleit. §§. 4 fg. 11. 19, Thibaut System §. 1003, Mraczek in dem Note 13 angef. Werk S. 10. 11) sind ohne Bedeutung und Interesse.

teren Schule **privative** Verjährung genannt), jenachdem die Veränderung darin besteht, daß **zunächst** ein Recht (oder ein Rechtsvortheil) erworben oder **zunächst** ein Recht vorloren wird[7]; die praescriptio acquisitiva[8] unterschied man dann wieder in eine translativa (s. g. **translative Ersitzung**, vgl. hierüber oben §. 72 Note 10), wenn der Ersitzende gerade dasjenige Recht erwirbt, welches bisher der Verlierende besaß (z. B. Eigenthumsersitzung), und in eine constitutiva (s. g. **constitutive Ersitzung**), wenn der Ersitzende ein Recht erwirbt, welches bisher beim Verlierenden nicht als ein besonderes bestanden hatte (z. B. Servitutenersitzung[9]). Der **Zeit** nach unterschied man[10] die (erwerbende) Verjährung in eine praescriptio definita und indefinita, je nachdem die Zeit, während welcher das Recht ausgeübt worden sein muß, eine bestimmte oder unbestimmte ist (**unvordenkliche Zeit**, praescriptio immemorialis, **Immemorialverjährung**, vgl. Note 22). Der **Quelle** (dem „Ursprung", dem „Rechtsgrund") nach endlich unterschied man öfters eine praescriptio legalis (s. g. praescriptio sensu stricto), judi-

---

7) Da bei der Verjährung in der Regel Erwerb auf der einen und Verlust auf der andern Seite zusammentrifft, so kommt es darauf an, welche dieser Wirkungen bei dem betreffenden Institut die primäre, welche die secundäre per consequentiam eintretende ist; so ist z. B. bei der Ersitzung die Rücksicht auf den Erwerb des Besitzers, bei der Klagverjährung die Rücksicht auf den durch Unthätigkeit bewirkten Verlust des Klagberechtigten die vorherrschende und entscheidende (vgl. schon Dabelow I S. 7. 23 fg. und Kori §. 49 a. E.).

8) Auch die praescriptio exstinctiva hat man öfters in zwei Unterarten getheilt, in eine exstinctio jurium per non usum und eine praescriptio exstinctiva in specie, jenachdem das Recht schon dadurch verloren gehe, daß es eine gewisse Zeit nicht ausgeübt worden sei, oder der Umstand noch dazu kommen müsse, daß der Verpflichtete eine dem Recht widerstreitende Handlung vorgenommen (cf. l. 6 D. de S. P. U. l. 32 §. 4 eod. l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8, 6; vgl. §. 1488 a. b. G. B.), sich der Ausübung des Rechts widersetzt habe (vgl. z. B. Hombergk De praescriptione exstinctiva cum interitu jurium per non usum haud confundenda 1700, Höpfner §. 393 Note 4, Thibaut System §. 1003, Dabelow I Einleit. §§. 5. 14; doch hat man jener Eintheilung häufig auch noch einen andern Sinn beigelegt, vgl. hierüber Dabelow I Einleit. §. 17, Unterholzner Verjährung I §. 2 Note 7).

9) In der Sache sind die Note 1 angeführten Schriftsteller einig, sie drücken sich aber verschieden und oft ziemlich unglücklich aus; vgl. Rave §. 15, Dabelow I Einleit. §. 16, Thibaut System §. 1003 Besitz II §. 4.

10) Vgl. Thibaut Besitz II §. 15 System §. 1004, Dabelow I Einleit. §. 12.

cialis, testamentaria und conventionalis, je nachdem die Verjährbarkeit eines Rechts durch Gesetz, richterliche Vorschrift, Testament oder Vertrag begründet sei [11].

Diese Auffassung ist in die modernen Gesetzbücher übergegangen [12]. Auch das österreichische Gesetzbuch [13] stellt einen allgemeinen Verjährungsbegriff, einen gemeinsamen Gattungsbegriff der Verjährung auf [14], und zwar schließt es sich der Meinung jener älteren Juristen an, welche den Verlust des Rechts durch Unthätigkeit als

---

11) Darüber, ob diese Eintheilung der Verjährung zu machen sei oder nicht, stritten die älteren Juristen; während sie z. B. von Thibaut Besitz II §. 2 System §. 1002, Schweppe I §. 157 gemacht wird, wird sie von Dabelow I Einleit. §. 10, Kori §. 48, Unterholzner I §. 1 verworfen. Allein auch Diejenigen, welche sie verwarfen, haben den wahren Grund der Verwerfung nicht erkannt: dieser liegt einfach darin, daß bei jener Unterscheidung das Gesetz, welches die Rechtsverhältnisse in abstracto normirt, auf eine Stufe mit den Entstehungs- und Erlöschungsgründen der concreten Rechtsverhältnisse und Rechte hinabgedrückt wird (Bd I §. 1).

12) Über das preuß. Recht (A. L. R. I 9 §. 500 fg.) vgl. Koch I §. 147 fg., Bornemann II S. 49 fg. und Materialien des A. L. R. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung herausgegeben von Simon und Strampff (1836) S. 391 fg.; über das französische Recht (Cod. civ. a. 2219 sq.) vgl. Zachariä II §. 209 fg. Der sächsische Entwurf (§§. 169—234) steht in dieser Materie noch vielfach auf dem ältern Standpunkt und begründet daher keinen wesentlichen Fortschritt; gelungener ist in dieser Beziehung der hessische Entwurf Abtheil. II Tit. V.

13) Über die Verjährung nach österr. Recht vgl. außer den Commentaren Scheidlein Miszellen Hft V (1822) Über Verjährung und Ersitzung, Winiwarter Die Verjährung nach dem österr. bürgerl. Recht in den Material. Bd VIII (1825) Nr. I, Pachmann Die Verjährung nach dem allgem. bürgerl. Recht in Österreich (1833). — Über das frühere österr. Recht vgl. Mraczek Lehre über die Verjährung, nebst einem Anhang von den Fristen. Prag 1801.

14) Manche unserer Schriftsteller (so z. B. Schuster in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1830 Bd II S. 52, Ellinger ad §. 1451, Pachmann in der angef. Abh. §. 6, Nippel Bd IX S. 4. 5, Perthaler in der angef. Abhandl. S. 49) gehen von der Ansicht aus, daß das bürgerliche Gesetzbuch einen allgemeinen Verjährungsbegriff nicht aufstelle, sondern sofort damit beginne, im §. 1451 die erlöschende, im §. 1452 die erwerbende Verjährung zu definiren, also die beiden Arten coordinirt neben einander stelle, ohne den höhern Gattungsbegriff, unter den sie zu subsumiren sind, anzugeben: dieß ist wohl unrichtig (vgl. dagegen auch Winiwarter Comment. V S. 135. 136, und Kleinwächter in der sehr ausführlichen Recension von Nippel's Comment. Bd IX, in Richter und Schneider's krit. Jahrb. Bd X S. 920. 921) und läßt sich auch nicht etwa dadurch rechtfertigen, daß das betreffende Hauptstück im Gesetzb. von 1811 überschrieben ist „Von der Verjährung und Ersitzung" (im westgal. Gesetzb. Thl III Hauptstück 18 „Wie Sachen ersessen und verjährt werden"); vgl. die folgenden Noten und die Ausführung im Text.

das Gemeinsame der Veränderung in Rechten durch Zeitablauf hervorhoben[15] (Note 4), und stellt, unter Verwechslung der Ursache mit der Wirkung (Note 5), an die Spitze des letzten Hauptstücks[16] (Thl III Hauptstück 4) folgende (mit der Bestimmung des westgal. Gesetzb. III §. 589 übereinstimmende) Definition der Verjährung[17] (§. 1451 a. b. G. B.): „Die Verjährung ist der Verlust eines Rechts, welches während der von dem Gesetze be-

15) Dieß ergibt sich schon daraus, daß das Gesetzbuch im §. 1449 von der Verjährung als einer allgemeinen Aufhebungsart der Rechte spricht, also die Verjährung in genere als „eine der umfassendsten Aufhebungsarten" ansieht, „wodurch beinahe alle Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen können" (Zeiller IV S. 191). Es ist ferner, wie sich aus folgender Erwägung ergibt, welche im westgal. Gesetzb. den Inhalt eines eigenen § bildete, der im Gesetzb. von 1811 mit Recht weggelassen wurde, und dessen Inhalt sich bei Zeiller IV S. 192 wiederfindet, der Nachdruck auf den Verlust des Rechts als das beiden Arten der Verjährung Gemeinsame gelegt worden: „Durch die Verjährung im eigentlichen Sinn (d. i. die Erstinctivverjährung) wird ein schon bestehendes Recht wegen des Nichtgebrauchs nur aufgehoben und also die ursprüngliche Freiheit wieder hergestellt. Durch die Ersitzung hingegen verliert der Eine sein Recht, weil er es nicht ausübt und ein Anderer erhält es vermöge des gesetzlichen Besitzes. Die Ersitzung begreift also nothwendig die Verjährung in sich: die Verjährung hingegen findet auch ohne Ersitzung statt" (westgal. Gesetzb. III §. 591); daher denn auch §. 1478 a. b. G. B. (in Übereinstimmung mit westgal. Gesetzb. III §. 616) sagt: „Insofern jede Ersitzung eine Verjährung in sich begreift, werden beide mit den vorgeschriebenen Erfordernissen in Einem Zeitraum vollendet"; vgl. auch unten Note 32.

16) Über die Stellung dieser Materie im System des österr. Gesetzb. vgl. Zeiller IV S. 193 und auch Bd I dieses Werks S. 227. Auch der Code civil stellt die Lehre von der Verjährung an den Schluß des ganzen Gesetzbuchs l. III t. 20 De la prescription a. 2219—2281. Das preußische Landrecht dagegen stellt, zunächst wohl durch die Stellung verleitet, welche die Justinianischen Institutionen (II, 6) der Usucapion geben (daher denn auch die älteren Institutionen-Commentatoren bei diesem Titel die Lehre von der Verjährung darzustellen pflegten, vgl. z. B. Höpfner §. 393 fg., Wiener Heineccius I §. 438 fg., ebenso Cod. bavar. civ. Thl II Cap. IV vgl. dazu Kreittmayr Anmerk. II S. 552. 553), die ganze Materie in den 9. Titel „Von Erwerbung des Eigenthums"; vgl. Heydemann System des preuß. Civilr. im Grundriß (1851) S. 53 fg.

17) Das preußische Landrecht stellt, gleichfalls den Verlust der Rechte als das jeder Verjährung Gemeinsame ansehend, an die Spitze der ganzen Materie die Bestimmung: „Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit, wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte, eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht, so ist eine Verjährung vorhanden" (I 9 §. 500). Der Code civil nimmt in den ersten von der Verjährung handelnden Artikel die beiden Wirkungen der Verjährung auf: »La praescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions determinées par la loi« a. 2219.

stimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist." Diese Verjährung im weitern Sinn ist in gleicher Weise, wie dieß früher angegeben wurde, der Wirkung nach in zwei Arten zu unterscheiden, in eine s. g. aufhebende Verjährung, Verjährung schlechthin[18] und in eine erwerbende Verjährung, Ersitzung: die Ersitzung wird im §. 1452 a. b. G. B. in eben nicht gelungener Weise definirt[19], während die erlöschende Verjährung schon in dem gemeinsamen Gattungsbegriff, wie er im §. 1451 a. b. G. B. ange-

18) Im österr. Gesetzb. hat der Ausdruck Verjährung eine doppelte Bedeutung (vgl. auch Zeiller IV S. 191 fg., Winiwarter Commentar V S. 135, Scheidlein Miszell. V §. 3): Verjährung im weitern Sinn bedeutet den gemeinsamen Gattungsbegriff (in diesem Sinn wird Verjährung z. B. im §. 1451, §.1501 und in der Marginalrubrik zu §. 1493, zu §. 1494 fg. und zu §. 1497 a. b. G. B. gebraucht); Verjährung im engern Sinn bedeutet die Species der Extinctivverjährung (z. B. §§. 1454. 1478. 1500 a. b. G. B.) und wird in diesem Sinn und zur Unterscheidung von der Verjährung in der weitern Bedeutung wohl auch „eigentliche Verjährung" genannt z. B. in den §§. 1478. 1493 a. b. G. B.; ebenso in §. 591 und §. 616 Thl III des westgal. Gesetzb. (im §. 480 a. b. G. B. bedeutet der Ausdruck Verjährung ausnahmsweise die erwerbende).

19) §. 1452 a. b. G. B. „Wird das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf jemand andern übertragen, so heißt es ein ersessenes Recht und die Erwerbungsart Ersitzung." Es ist bereits von anderen Schriftstellern hervorgehoben worden, daß diese Formulirung (welche sich in überraschend ähnlicher Weise auch bei Savigny IV S. 310 findet, um die Darstellung der älteren Schule zu charakterisiren) zu eng sei, weil sich unter jene Bestimmung nur die s. g. usucapio translativa nicht auch die s. g. usucapio constitutiva bringen läßt (vgl. insbes. Schuster in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1830 II S. 51—62, der die letztere Species der Ersitzung usucapio cumulativa (?) nennt, Winiwarter Comment. V S. 156, Ellinger ad §. 1452, der uns versichert, daß „die Römer die eigentliche Ersitzung richtiger in eine usucapio translativa und constitutiva unterabtheilten.") Dagegen wird im §. 1452 a. b. G. B. (übereinstimmend mit westgaliz. Gesetzb. III §. 590) richtig die Ersitzung als eine Erwerbungsart von Rechten erklärt, somit die Verwechslung der Ursache mit der Wirkung, wie sie im §. 1451 a. b. G. B. stattfindet, vermieden. (Unhaltbar ist, was Zachariä II §. 209 Note 2 gegen die Auffassung der Ersitzung als einer Erwerbungsart einwendet.) Der Ausdruck „Erwerbungsart" ist in diesem Falle in dem oben §. 72 Note 41 entwickelten Sinn zu verstehen, bedeutet also nicht etwa modus acquirendi im Unterschied von titulus acquirendi, wie z. B. Nippel IX S. 6 meint, der sich deßhalb natürlich um einen Titel umsehen muß und diesen „in der unmittelbaren Anordnung des Gesetzes" gefunden zu haben glaubt, daß „nach Verlauf der bestimmten Zeit das Eigenthum oder das Recht verloren gehe": von diesem Ausgangspunkt kommt Nippel zu dem auffallenden Resultat, daß „bei jeder Ersitzung die Verjährung (im eigentlichen Sinn) den Titel zur Erlangung des Rechts und die Ersitzung die Erwerbungsart bilde." Also der Verlust des Rechts, welcher die Folge der „vermöge des gesetzlichen Besitzes" (§. 1452 a. b. G. B.) geschehenen Erwerbung des Rechts ist, soll die Ur-

geben wird, enthalten ist[20] und daher keiner besondern Hervorhebung und Definition bedurfte[20a]. Dagegen ist für das österreichische Recht eine Unterscheidung der Verjährung dem „Rechtsgrund" und der Zeit nach nicht zu machen; es gibt einerseits nur eine s. g. praescriptio legalis[21], andererseits nur eine s. g. praescriptio definita (§§. 1460. 1466 fg. 1478 a. b. G. B.): eine s. g. Immemorialverjährung[22] (das Institut der unvordenklichen Zeit) kennt das heutige österreichische Recht nicht[22a].

---

sache, der Rechtsgrund für diesen modus acquirendi sein und dafür glaubt Nippel im §. 480 a. b. G. B. (vgl. Note 18) einen Anhaltspunkt finden zu können! (vgl. dagegen auch Kleinwächter Bd X S. 922. 923). Schon Winiwarter Comment. V S. 136 hat sehr mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß man „aus den Worten des §. 1452 a. b. G. B. nicht schließen dürfe, daß das zu ersitzende Recht zuerst verjährt werden müsse, und dann erst auf den Andern übertragen werde, indem es bei der Ersitzung nur auf den Besitz ankomme" m. a. W. daß auch nach österr. Recht bei der (reinen) Ersitzung der Erwerb des Rechts durch fortgesetzten Besitz das Primäre, der Verlust das Secundäre, per consequentiam Eintretende sei, daß also der §. 1452 a. b. G. B. nur die Bedeutung habe, das begriffliche, nicht aber das ursachliche Verhältniß der Verjährung zur Ersitzung darzustellen.

20) Aus dem Bisherigen ergibt sich von selbst, daß die Bemerkung Gaupp's (Über die Zukunft des deutschen Rechts S. 63), der Begriff der Verjährung, wie ihn §. 1451 a. b. G. B feststelle, sei „in ursprünglich deutscher Weise aufgefaßt", unrichtig ist: der Begriff der Verjährung ist vielmehr in der Weise der Schriftsteller der älteren Schule über römisches Recht aufgefaßt. Allerdings gibt es auch nach österr. Recht eigenthümliche Fälle, welche sich nur aus einer Berücksichtigung der deutschrechtlichen Auffassung der Verjährung erklären lassen (Text Nr. III): allein das sind eben Ausnahmen, deren historischer Grund wohl den Verfassern des Gesetzbuchs selbst nicht ganz gegenwärtig gewesen sein dürfte.

20a) Dieß thut dagegen das A. L. R., welches I 9 §. 501 den in §. 500 aufgestellten Gattungsbegriff in die beiden Arten der erlöschenden und erwerbenden Verjährung unterscheidet und erstere im §. 502, letztere im §. 503 definirt (die Definition der Ersitzung ist aber eben auch nicht sehr glücklich ausgefallen; vgl. Schuster a. a. O. S. 53 fg.).

21) Dieß ergibt sich mit Bestimmtheit aus der Textirung des §. 1451 a. b. G. B. („während der von dem Gesetz bestimmten Zeit") und des §. 1449 a. b. G. B. („durch die vom Gesetz bestimmte Verjährung"); es ist also in der That auch nicht die geringste Veranlassung vorhanden, jene ältere haltlose (Note 11) Unterscheidung der Verjährung in eine legalis conventionalis, judicialis und testamentaria für das österr. Recht zu machen, wie dieß z. B. Pachmann Die Verjährung §. 3 und ihm folgend Nippel IX S. 2 thut; vgl. dagegen schon Winiwarter Die Verjährung S. 8 Note*, Kleinwächter in den kritischen Jahrbüchern Bd X S. 919. 920, und Perthaler in der angef. Abh. S. 50.

22) Das Wesen der Immemorialverjährung (die reichhaltige gemeinrechtliche Literatur darüber s. bei Arndts §. 91 und Vangerow I §. 130) besteht nicht

Dieser aus einem Mißverständniß des römischen Rechts hervorgegangene Sprachgebrauch[23], wonach praescriptio (Verjährung) jeden durch Zeitlauf herbeigeführten Erwerb oder Verlust eines Rechts bedeuten soll, hat zur Folge gehabt, daß man einerseits die Verjährung als Ein eigenthümliches und besonderes Rechtsinstitut auffaßte und unter diesen gemeinsamen Gattungsbegriff die verschiedensten Institute (wie Usucapion, Servitutenersitzung, usucapio libertatis, Verlust von Servituten durch non usus, Klagverjährung) zusammenfaßte, die man nunmehr unter einen leitenden Gesichtspunkt und unter scheinbar allgemeine Grundsätze zu bringen versuchte[24], und daß man andererseits die Ersitzung und Verjährung als eine allgemeine Erwerbungs- und Erlöschungsart der Rechte überhaupt ansah und die Regel aufstellte, daß alle Rechte überhaupt

---

in der Erwerbung eines Rechts durch unvordenklichen Besitz, sondern in der Begründung der Rechtsvermuthung, daß das Recht in unvordenklicher Zeit einmal rechtmäßig erworben worden sei (vgl. insbesondere Arndts Beiträge I S. 126 fg., Schelling Die Lehre von der unvordenklichen Zeit [1835] S. 98): „die Immemorialverjährung dient nicht Rechte zu erwerben, sondern Rechte zu sichern, deren Erwerbung nicht nachzuweisen ist" (Göschel Zerstreute Blätter I S. 373). Diese Ansicht hat in der Praxis immer festgestanden (vgl. Thibaut System §. 1035, Arndts S. 129 fg.): wie es dennoch kommen konnte, daß man trotzdem die Immemorialverjährung unter den Begriff der Verjährung als einer allgemeinen Erwerbungsart von Rechtsvortheilen subsumirte, darüber vgl. insbesondere Arndts S. 133 fg. — Es ist daher aber auch ganz unrichtig, wenn man behaupten will (so z. B. Schuster Comment. I S. 207 Note d), daß die außerordentliche Ersitzung des §. 1477 a. b. G. B. an die Stelle der Immemorialverjährung im österreichischen Recht getreten sei: beide Institute sind grundverschieden.

22a) Im preußischen Recht ist an die Stelle der Immemorialverjährung eine fünfzigjährige Verjährung getreten A. L. R. I 9 §§. 655—663 vgl. Koch I §. 161 Nr. III, Bornemann II S. 117 fg.

23) Über diesen Sprachgebrauch und dessen Herausbildung vgl. insbes. Savigny IV S. 313 fg.; über die Bedeutung der Worte praescriptio und Verjährung vgl. auch Unterholzner Verjährungslehre I §. 3.

24) Man unterschied zwar gewöhnlich die beiden Arten der Verjährung und stellte für jede derselben besondere leitende Grundsätze auf; allein auf diese Weise wurden immer noch Institute als zusammengehörig behandelt, die einen ganz besondern individuellen Typus tragen (z. B. was das röm. Recht betrifft, Eigenthum- und Servitutenersitzung einerseits, Verlust der Servituten durch Nonusus und Klagverjährung andererseits), und man versuchte doch wieder auch für die beiden Arten der Verjährung gemeinsame Principien aufzufinden; so stellt z. B. selbst Thibaut Besitz II §§. 16—24 und System §. 1005 fg. „Allgemeine Grundsätze über alle Arten der Verjährung" auf und führt darunter, also auch für die erlöschende Verjährung, den Besitz auf (System §. 1006) als „die fortwährende ungestörte Ausübung des negativen oder

fähig seien, durch fortgesetzte Ausübung erworben, durch fortgesetzte Nichtausübung verloren zu werden, und nur besondere Ausnahmen von dieser Regel statuirte[25]. Es wird nun heutzutage allgemein anerkannt, daß jene Auffassungs- und Behandlungsweise der Verjährung eine durchaus irrige, aus der willkürlichsten Abstraction hervorgegangene sei, daß sie dahin führe, Institute, welche principiell verschiedener Natur sind, nach gleichen Rechtsregeln zu beurtheilen, Bestimmungen, welche nur für das eine Institut gelten, in ungerechtfertigter Weise auf das andere zu übertragen, und dem Zeitlauf (trotz des Widerspruchs des Naturrechts[26]) einen Einfluß auf die Erwerbung und den Untergang von Rechten in einem Umfang einzuräumen, der weitaus die Grenzen überschreitet, in welchen je das positive Recht eine Veränderung in Rechten als Folge des Zeitlaufs anerkannt hat[27]. Die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller

positiven factischen Zustandes, worauf man durch Verjährung ein Recht erwerben will" (vgl. auch Kori §. 30 über diese eigenthümliche Auffassung des Begriffs „Besitz" in der Verjährungslehre); ebenso gibt selbst Unterholzner I 2. Hauptstück §§. 24—139 eine „Zusammenstellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Verjährung."

25) Es fehlte zwar nicht an einzelnen ehrenwerthen Ausnahmen, welche der Verjährung als einer allgemeinen Erwerbungs- und Erlöschungsart von Rechten nur eine formelle hypothetische Bedeutung beilegten und nur die im positiven Recht ausdrücklich anerkannten Fälle unter dieselbe bezogen (so insbes. Thibaut Besitz II §§. 37. 38 System §. 1005, Unterholzner I §. 25, vgl. auch Schilling II §. 98 a. E.): allein die Mehrzahl der Schriftsteller gab jenem Begriff eine absolute durchgreifende Bedeutung, so daß nicht derjenige, der die Verjährbarkeit eines Rechts behaupte, den Beweis zu führen habe, daß das positive Recht das fragliche Recht als ein durch Zeitlauf erwerb- oder verlierbares anerkenne, sondern daß vielmehr derjenige, der die Unverjährbarkeit eines Rechts behaupte, den Beweis der Ausnahme von der Regel zu führen habe; vgl. hierüber auch Savigny S. 311—313.

26) Es war eine Lieblingsfrage der älteren Schule, „ob die Verjährung im Naturrecht gegründet sei": zur Zeit der Abfassung des bürgerl. Gesetzb. war man über die verneinende Beantwortung dieser Frage so ziemlich einig (vgl. z. B. Höpfner §. 393 „Das Naturrecht weiß nach der richtigen Meinung nichts von der Verjährung; Justinian rechnet sie daher (!) mit Grund unter die modos acquirendi civiles." Wiener Heineccius I §. 435, Dabelow I Einleit. §. 2, Zeiller Natürl. Privatr. §§. 91. 92); ja Thibaut Besitz II §. 2 Note 1 sagt geradezu: „Über die Frage, ob die Verjährung sich im Naturrecht gründe, ist unsäglich viel geschrieben; die Schriften einzeln anzuführen ist unmöglich, auch unnütz, da der, welcher noch jetzt die Frage bejahet, schlechterdings nicht zu widerlegen ist."

27) Vgl. hierüber Savigny IV §. 178 und Puchta Pandekt. §. 73; in den Vorles. I S. 165. 166 bemerkt Puchta in seiner treffenden und einschneiden-

haben daher nicht nur jene Auffassung der Verjährung als Eines eigenthümlichen Rechtsinstituts und die Zusammenfassung und gemeinschaftliche Behandlung der verschiedenartigsten Rechtsinstitute unter jenem Gattungsbegriff, sondern auch die Auffassung der Verjährung als einer allgemeinen Erwerbungs- und Erlöschungsart von Rechten gänzlich aufgegeben[28]. Was nun das österreichische Recht betrifft, so dürfte man auf den ersten Blick leicht geneigt sein, für die Darstellung desselben an der früheren Behandlungsweise festzuhalten, und dieß damit zu motiviren, daß die ältere Auffassung im Gesetzbuch selbst unzweifelhaft zur bestimmtesten Anerkennnng gelangt sei, indem die verschiedenen Fälle der Erwerbung und Erlöschung von Rechten durch Zeitlauf in einem gemeinsamen Hauptstück behandelt würden, die Verjährung also als Ein besonderes eigenthümliches Rechtsinstitut anzusehen sei, und in den zwei Sätzen: „Was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden" (§. 1455 a. b. G. B.) „Alle Rechte gegen einen Dritten erlöschen (in der Regel längstens) durch den (dreißigjährigen) Nichtgebrauch oder durch ein (so) lange Zeit beobachtetes Stillschweigen" (§. 1479 a. b. G. B.) die Auffassung der Ersitzung und Verjährung als einer universellen Erwerbungs- und Erlöschungsart von Rechten so scharf und entschieden als nur immer möglich ausgesprochen sei. Dennoch muß für eine systematische Darstellung auch des österreichischen Rechts jene Behandlungsweise gänzlich aufgegeben werden. Es läßt sich

---

den Weise über jene ältere Auffassung: „Gegen diesen ganzen Sprachgebrauch, welcher Eigenthumsersitzung, Servitutenersitzung u. s. f. unter jenem allgemeinen Namen (Verjährung) zusammenfaßt, wäre an sich nichts zu erinnern, als daß er unnöthig, kein wahres Bedürfniß dafür vorhanden ist. Aber dabei ist man nicht stehen geblieben, man hat einen Begriff zu dem Wort gesucht und die Verjährung als Ein eigenthümliches Rechtsinstitut behandelt, während sie in Wahrheit nur ein willkürliches Collectivum für total verschiedene Rechtsinstitute ist. Man hat alle diese unter jenen einen Gesichtspunkt gebracht, Grundsätze als allgemeine aufgestellt, die es gar nicht sind, und so ein Institut in das andere gemischt, wodurch die gröbsten Irrthümer entstanden sind. Ganz mit demselben Recht könnte man die Veränderungen in Rechten durch Handlungen zusammenfassen, etwa unter dem Namen Verhandlung und diese als Ein Rechtsinstitut behandeln, das Tradition, Occupation, Verträge, Delicte, Testamente u. s. f. in sich faßte."

28) Die letzte monographische Arbeit in jener älteren Richtung ist die Note 1 angeführte Schrift von Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre u. s. f.

nemlich ohne Schwierigkeit zeigen, daß die beiden angeführten Bestimmungen des §. 1455 und §. 1479 a. b. G. B. trotz ihrer durchgreifenden und absoluten Fassung in der That nicht wahrhaft allgemeiner Natur sind, indem die Ausnahmen, welche von der Verjährbarkeit der Rechte stattfinden, so zahlreicher Natur sind, daß sie das Verhältniß der Ausnahme zur Regel geradezu umkehren. Bei dieser Untersuchung wird sich sogleich herausstellen, daß auch vom Standpunkt des österreichischen Rechts die Verjährung in der That nur „ein willkürliches Collectivum für verschiedene Rechtsinstitute" ist, welche unter Festhaltung und steter Berücksichtigung der in jenem letzten Hauptstück gegebenen allgemein anzuwendenden Bestimmungen im System bei den betreffenden Lehren (z. B. die Eigenthumsersitzung in der Lehre vom Eigenthum, der Verlust der Servituten durch Nonusus in der Servitutenlehre, die Klagverjährung in der Lehre von den Klagen), also abgesondert und selbständig darzustellen, und aus der unnatürlichen Verbindung zu lösen sind, in welche sie das letzte Hauptstück des Gesetzbuchs gebracht hat, welches denn auch ziemlich allgemein als ein wenig gelungenes, vielfach mangelhaftes und unbefriedigendes bezeichnet wird.

I. „Was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden" — in dieser das richtige Maß weitaus überschreitenden Weise spricht das bürgerliche Gesetzbuch vom Jahr 1811 (in wörtlicher Übereinstimmung mit dem westgal. Gesetzb. III §. 595) die Auffassung der Ersitzung als einer allgemeinen Erwerbsart der Rechte überhaupt aus. Hierbei stellt sich nun sofort das Bedürfniß heraus, die Fälle zu bestimmen, in welchen eine Ersitzung nicht stattfinden kann: an die Befriedigung dieses Bedürfnisses, an die Festsetzung der Ausnahmen von jener durchgreifenden Regel schreitet das Gesetzbuch denn auch gleich und zwar noch in jenem §. 1455 selbst, der die Regel ausspricht. Die Ausnahmen von der Regel sucht das Gesetzbuch in dem §. 1455 selbst wieder auf gemeinsame Principien zurückzuführen, indem es (in fast wörtlicher Übereinstimmung mit dem westgal. Gesetzbuch III §. 595) bestimmt: „Sachen, welche man vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit oder vermöge der Gesetze nicht besitzen kann, ferner Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind, sind kein Gegenstand der Ersitzung." Diese Bestimmung enthält Doppeltes. Einmal, daß „Sachen", welche man nicht „be-

sitzen" kann, nicht ersessen werden können. Insofern unter dem Ausdruck „Sachen" in jenem §. 1455 a. b. G. B. nur Sachen im technischen Sinn (körperliche Sachen Bd I §. 45) verstanden werden, und der Ausdruck „besitzen" in dem Sinn genommen wird, in welchem er mit „im Eigenthum haben" identisch ist[29], bietet jene Ausnahmsbestimmung gar kein besonderes Interesse dar: denn daß an Sachen, welche gar nicht privatrechtsfähig sind (Bd I §. 46), auch nicht durch fortgesetzten Besitz Eigenthum erworben werden könne, versteht sich einerseits von selbst, da die Ersitzung nur eine Erwerbungsart des Eigenthums ist und Eigenthum an jenen Sachen (z. B. an den s. g. res communes omnium und den res extra commercium) überhaupt unmöglich ist[30], anderseits beträfe dann jene Bestimmung gar nicht die Frage, welche Rechte von der Ersitzung ausgenommen seien, indem dadurch bloß für den Umfang der principiell zulässigen Eigenthumsersitzung eine Beschränkung in Ansehung der Objecte ausgesprochen würde. Allein jene Bestimmung läßt sich auch als eine nothwendige Consequenz des Satzes auffassen, daß die Ersitzung zu ihrer Grundlage den Besitz im technischen Sinn hat (§. 1460 fg. a. b. G. B.), „daß die Ersitzung mittelst des Besitzes vor sich gehe und deßhalb nur jene Sachen ersessen werden können, welche ein Gegenstand des Besitzes sind" Zeiller IV S. 196). Insofern erlangt jene Ausnahme eine principielle Bedeutung, indem sie als eine Anwendung des Grundsatzes erscheint, daß überhaupt in allen Fällen, in welchen nicht Besitz stattfinden könne, auch die Ersitzung, als ihres nothwendigen Fundaments entbehrend, ausgeschlossen sei, daß also überhaupt Rechte (unkörperliche Sachen Bd I §. 45), welche man „vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit oder vermöge des Gesetzes nicht besitzen kann", nicht ersessen werden können. Hiermit gelangt die an der Spitze des §. 1455

---

29) Besitzen bedeutet ja auch „Eigenthum haben", „Eigenthümer sein" [l. 78 D. de V. S. Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat — cf. l. 15 D. Qui satisd. cog. (2, 8)], in diesem Sinn sagt und schreibt man häufig z. B. Hausbesitzer statt Hauseigenthümer, Besitzung statt Grundeigenthum; vgl. Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 106—110; das Nähere in der Lehre vom Besitz.

30) l. 9 l. 45 pr. D. de usucap. (41, 3), vgl. hierüber auch Unterholzner I §§. 48. 55 fg. Es versteht sich nemlich von selbst, daß Sachen, welche überhaupt nicht im Eigenthum oder doch nicht im Eigenthum einer Privatperson stehen können, auch durch Ersitzung nicht in dasselbe gebracht werden können.

a. b. G. B. stehende Regel zu folgender sachgemäßen Beschränkung: Was sich besitzen läßt, kann auch ersessen werden, d. h. Rechte, an denen Besitz möglich ist, können auch durch Ersitzung erworben werden, Rechte dagegen, an denen kein Besitz stattfindet, können auch nicht ersessen werden[31]. — Ferner enthält der §. 1455 a. b. G. B. die principielle Ausnahme, daß „Rechte[31a], welche schlechterdings unveräußerlich sind, kein Gegenstand der Ersitzung sind“[32]. Als solche „schlechterdings unveräußerliche (unverlierbare) Rechte“ werden jene angesehen (vgl. z. B. §. 1456 a. b. G. B.), welche kraft einer innern Nothwendigkeit mit einem bestimmten Subject als Träger derselben dergestalt verbunden sind, daß dieses Subject „wenn es auch wollte, jenen Rechten nicht entsagen könne, weil sie unzertrennbar mit seinem persönlichen Charakter und mit den von ihm zu erfüllenden Pflichten verknüpft seien“ (Zeiller IV S. 196). Im Einzelnen führt das bürgerl. Gesetzb. folgende Ausnahmen von der Ersitzungsfähigkeit der Rechte auf:

1) „Die dem Staatsoberhaupte als solchem allein zukommenden Rechte z. B. das Recht Zölle anzulegen, Münzen zu prägen, Steuern auszuschreiben und andere Hoheitsrechte (Regalien) können durch Ersitzung

---

31) In dieser verbesserten Fassung enthält der sächs. Entwurf jene allgemeine Regel §. 178: „Alle Sachen und Rechte, welche Gegenstand des Besitzes sind, können in der Regel durch Ersitzung erworben werden“ vgl. Unger Der sächsische Entwurf S. 100 fg.

31a) Das bürgerl. Gesetzb. gebraucht zwar im §. 1455 den Ausdruck „Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind“: allein es ist dieß eine reine Tautologie, welche wohl aus dem Bestreben, den §. 595 des westg. Gesetzb. so schonend als möglich zu emendiren, hervorgegangen ist. Es gibt nicht (körperliche) privatrechtsfähige Sachen, welche „schlechterdings unveräußerlich“ wären, wenn gleich es Sachen gibt, welche nicht veräußert zu werden pflegen oder nicht veräußert werden sollen (Bd I S. 366 fg.): insbesondere sind nicht etwa Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, unter §. 1455 a. b. G. B. zu beziehen und daher von jeder Ersitzung auszuschließen. (Ob aber Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, auch nach österr. Recht übereinstimmend mit dem gemeinen Recht der ordentlichen Ersitzung entzogen seien oder nicht, wird im besondern Theil untersucht werden.)

32) Auch hierin macht sich die im bürgerl. Gesetzbuch herrschende Auffassung der Ersitzung als einer Species der Verjährung im weitern Sinn geltend (Note 15): die Ersitzung solcher Rechte soll deßhalb ausgeschlossen sein, weil diese Rechte „unveräußerlich“ sind, weil sie für den Berechtigten verloren gehen (unverlierbare Rechte), daher also auch nicht „auf jemand Andern übertragen“ werden (§. 1452 a b. G. B.) können.

nicht erworben werden (§. 1456 a. b. G. B.). Andere dem Staatsoberhaupte zukommende, doch nicht ausschließend vorbehaltene Rechte, z. B. auf Waldungen, Jagden, Fischereien und dergleichen können zwar überhaupt von andern Staatsbürgern, doch nur binnen einem längern als dem gewöhnlichen Zeitraum (§. 1472 a. b. G. B.) ersessen werden (§. 1457 a. b. G. B. vgl. §§. 596. 597 Thl III des westg. Gesetzb.). Das Gesetzbuch nimmt im Einklang mit der ältern Theorie [33] die Begriffe Hoheitsrecht [33a] und Regalien [34] (jura regalia) als gleichbedeutend und versteht darunter jedes dem Staatsoberhaupt als solchem zukommende Recht [35]. Diese Hoheitsrechte oder Regalien im weitern Sinn werden in wesentliche oder natürliche (regalia essentialia, immanentia s. majora, Hoheitsrechte im engeren Sinn) und nicht wesentliche oder zufällige (regalia accidentalia, non essentialia s. minora, Regalien im engern Sinn) unterschieden [36], je nachdem sie schon in dem Begriff

---

33) Vgl. z. B. Heuser De distinctione regalium inter essentialia et accidentalia (1755), Klüber Öffentliches Recht des deutschen Bundes (4. Aufl.) §. 99.

33a) Statt des Ausdrucks Hoheitsrecht (Regierungsrecht) wird häufig (so z. B. auch in §. 596 Thl III des westgal. Gesetzb. und von Klüber a. a. O.) der Ausdruck Majestätsrecht (Souveränitätsrecht) gebraucht: manche neuere Schriftsteller jedoch (z. B. Zöpfl im R. L. V S. 323) wollen zwischen beiden Ausdrücken einen Unterschied machen.

34) Über den Begriff der Regalien s. Himmelstoß Versuch einer Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse der Regalität in Deutschland (1804) §. 19 fg. und die bei Klüber §. 99 Note b angef. Schriftsteller, Hüllmann Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland (1806) S. 1—21. S. 76, Zachariä Über Regalien überhaupt und das Salzregal in Deutschland insbesondere in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd XIII (1852) Nr. X S 319 fg. vgl. auch Zöpfl im R. L. V Art. Hoheitsrechte S. 321.

35) Die meisten neuern Schriftsteller unterscheiden mit Recht von vornherein zwischen Hoheitsrechten und Regalien, und verstehen unter ersteren bloß die s. g. Hoheitsrechte im engern Sinn, unter letzteren bloß die s. g. Regalien im engern Sinn, welche sich von jenen durch ihren rein privatrechtlichen Charakter (vgl. Gerber §. 67 Note 4, Zöpfl Staatsr. §. 227) unterscheiden, vgl. über diese Unterscheidung Himmelstoß §. 19, Zachariä in der angeführten Abh. §. 1, Zöpfl im R. L. V S. 322 und Allgem. Staatsr. (3. Aufl.) §. 99 fg., insbesondere Gerber System §. 67 und Walter D. P. R. §§. 156. 157.

36) Über andere von der älteren Doctrin gemachte mannigfache Eintheilungen der Regalien, „die theils richtig, theils unrichtig, theils auch unschicklich sind" vgl. Klüber §. 99 Note c und Zachariä Deutsches Staats- und Bundesrecht 2. Aufl. (1853) I §. 20.

der Staatsgewalt liegen und daher dem Staatsoberhaupt als solchem zur Erfüllung seiner Aufgabe mit innerer Nothwendigkeit zukommen und deßhalb unveräußerlich sind (daher *unveräußerliche* Hoheitsrechte oder Regalien), oder an sich nicht im Begriff der Staatshoheit liegen, der Staatsgewalt nicht wesentlich sind, im concreten Staat aber mit der Staatsgewalt verbunden sind und dem Staatsoberhaupt als solchem ausschließlich, jedoch der Ausübung nach an Private übertragbar[37] (daher *veräußerliche* Hoheitsrechte oder Regalien), zustehen; diese letzteren Regalien heißen, wenn und weil sie einen finanziellen Nutzen gewähren, *Finanzregalien*, *äußere Regalien* (regalia utilia[38]). — In Ansehung der *wesentlichen* Regalien wird nun bestimmt, daß sie von den Unterthanen durch Ersitzung nicht erworben werden können[39] (§. 1456 a. b. G. B.). Allein diese

---

37) In dieser *Ausschließlichkeit* der dem Staat als solchem zustehenden Berechtigung besteht ein wesentliches Kriterium des Regals (vgl. insbes. *Zachariä* in der angef. Abh. §. 3): den Privaten wird nur die Ausübung dieser Rechte als ein eigenes Recht verliehen; durch die Bestellung einer solchen *Gerechtigkeit* aus Regalien, durch die Ertheilung der Befugniß zur Ausübung eines regalen Rechts wird nicht die Regalität selbst übertragen: „das allgemeine Recht, aus welchem die einzelne Berechtigung hervorgeht, verbleibt fortdauernd bei der Staatsgewalt“ (*Gerber* System §. 67, vgl. auch *Zöpfl* Allgem. Staatsrecht §. 228): es ist daher insofern unrichtig, wenn im §. 1457 a. b. G. B. von den Regalien gesagt wird, sie seien „*nicht* ausschließend vorbehaltene Rechte.“

38) Der *Inhalt* des Regals besteht entweder in der ausschließlichen Berechtigung des Staats gewisse Objecte zu erwerben, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entweder dem Eigenthümer an Grund oder Boden gehören oder Object allgemeiner Occupation sein würden, oder in dem ausschließlichen Recht des Staats ein Gewerbe zu treiben, dessen Betrieb sonst kraft der s. g. natürlichen Freiheit jedermann zustünde (daher scheint mir auch die Stellung, welche *Gerber* den Regalien im System gibt, nicht die richtige zu sein, da *Gerber* in dem Abschnitt „Entstehung und Endigung der Rechte“ unter der Rubrik „Entstehung durch Privilegien“ von den Regalien handelt, während die Frage, wie Gerechtigkeiten aus Regalien erworben werden, doch nur die zweite ist und daher nicht maßgebend für die Stellung der Regalien im System sein kann). Die Regalien unterscheiden sich dadurch, daß sie nur allgemeine ausschließliche rechtliche Möglichkeiten sind, vom übrigen Vermögen des Fiscus als dem Inbegriff concreter, dem Staat zufällig zustehender Privatrechte, insbesondere vom Eigenthum des Fiscus an Domänen und Waldungen (vgl. *Gerber* §. 67 Note 5, *Zachariä* in der angef. Abh. S. 2, *Zöpfl* Staatsr. §. 227 Note 4): die maßlose Ausdehnung, welche man früher dem Begriff des Regals gegeben hat, und das Bestreben der Juristen, eine recht große Anzahl von Regalien aufzufinden, hat jedoch dahin geführt, das Eigenthumsrecht des Staats an Waldungen u. s. f. ein Regal zu nennen, und so findet sich denn auch noch im §. 1457 a. b. G. B. unter den zufälligen Hoheitsrechten das Staatseigenthum an Waldungen aufgeführt.

Bestimmung gehört doch sicher nicht in ein Gesetzbuch über das Privatrecht: die Frage ob und wie ein publicistisches Recht erworben werden könne, und ob insbesondere ein Modus Privatrechte zu erwerben auch auf öffentliche Rechte anwendbar sei[40], hat ihre Beantwortung lediglich in einem codex juris publici zu finden[41]. — Was die nutzbaren Regalien betrifft, so können Private die Befugniß zur Ausübung des regalen Rechts (die s. g. Gerechtigkeit) durch Verleihung eines Privilegiums erlangen (Bd I S. 592[42]). Gemeinrechtlich findet dann auch in dieser Beziehung die s. g. unvordenkliche Verjährung[43] statt, wonach die

39) Als wesentliche Majestätsrechte werden im §. 1456 a. b. G. B. auch das Recht Zölle anzulegen, das Recht Münzen zu schlagen erwähnt: obwohl nun diese Rechte in früherer Zeit allerdings in einem gewissen Sinn Regalien genannt werden konnten (vgl. Himmelstoß §. 16, Hüllmann S. 41 fg. 58 fg.), so fallen sie doch h. z. T. unter den Begriff der Hoheitsrechte im eigentlichen Sinn; vgl. Zachariä in der angef. Abh. S. 325. 326.

40) Wie dieß im Mittelalter bei dem Mangel gehöriger Trennung zwischen öffentlichem und Privatrecht so häufig geschah (vgl. auch Zöpfl Allgemeines Staatsr. §. 228 Note 3 und Gerber Über öffentliche Rechte 1852 S. 3 fg.), wo denn auch die Reichsstände in ihrem Bestreben der Reichsgewalt gegenüber ihre landesherrliche Gewalt so viel als möglich zu vermehren, sich wohl auch auf die Ersitzung eines öffentlichen Rechts dem Reich gegenüber beriefen (vgl. Pfeffinger Vitriar. illustr. ed. Francof. 1743 Tom. II p. 989. 990). — Im heutigen Staats- und Rechtsleben erscheint eine solche Bestimmung als völlig müssig. Der Einzelne wird sich doch in der That nicht einfallen lassen, das Recht, Steuern auszuschreiben u. s. f. erwerben zu wollen: die Frage aber, ob Landstände öffentliche Rechte haben und welche ihnen zustehen, ist doch sicher von einem andern Standpunkt aus zu lösen.

41) Das westgal. Gesetzb. fügte im Schlußsatz des §. 596, wonach Majestätsrechte durch Ersitzung nicht erworben werden können, hinzu: „Eine in dem Privatrechte und bloß für einzelne Bürger eingeführte Erwerbungsart läßt sich nemlich nicht auf die öffentlichen Rechte des Staats anwenden" — allein die Frage, wie „die öffentlichen Rechte des Staats" erworben werden, gehört doch nicht in ein bürgerliches Gesetzbuch. — Auch in den älteren Lehrbüchern des Privatrechts, sowie in den Monographien über Verjährung wurde ganz unzukömmlich die Frage behandelt, ob man Hoheitsrechte ersitzen könne (wie dieß nunmehr auch wieder im sächs. Entwurf §. 179 geschehen ist) vgl. z. B. Thibaut System §. 1009, Dabelow I §. 90, Mraczek S. 38, Kori §. 38, Unterholzner II §. 299, vgl. auch Pfeffinger l. c. Tom. III p. 1354 und Kreittmayr Anmerk. II S. 559.

42) Vgl. Gerber System §. 67, Walter D.P.R. §. 157, Kreittmayr Anmerk. II S. 560.

43) Vgl. Kori Verjährung §. 84, Klüber Öffentliches Recht §. 356 Nr. V und die bei ihm Note d angef. Schriftsteller, Zöpfl Allgem. Staatsr. §. 228.

unvordenkliche Ausübung der Gerechtigkeit den Beweis der ursprünglichen Verleihung ersetzt: das österreichische Gesetzbuch ist jedoch der Ansicht einiger älterer Schriftsteller[44] gefolgt und läßt eine förmliche Ersitzung der Gerechtigkeiten stattfinden (§. 1457 a. b. G. B.[45]).

2) „Die Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes und andere Personenrechte sind kein Gegenstand der Ersitzung“ (§. 1458 a. b. G. B. vgl. westgal. Gesetzb. III §. 598). Die Veranlassung zur besondern Aufnahme dieser Bestimmung[45a] lag einerseits in der (irrigen) Annahme von Personenrechten (Bd I §. 60), andererseits in der (ebenso irrigen) Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes, daß alle Rechte ersitzbar seien: gibt es wirklich Personenrechte und kann in der That jedes Recht durch Ersitzung erworben werden, ist es dann nicht möglich, daß jemand, der ein solches Recht (z. B. das Recht eines Ehegatten) eine Zeit lang bona fide ausgeübt hat, sich dann hinterher auf die Ersitzung desselben mit Erfolg berufen könnte? Um die Verwirklichung dieser befürchteten Möglichkeit auszuschließen, wurde die Bestimmung aufgenommen, daß die s. g. Zustandsrechte (jura status Bd I §. 60) durch Ersitzung nicht erworben werden können. Was nun die hier allein in Betracht kommenden s. g. relativen Personenrechte anbetrifft, so ist oben (Bd I §. 60) zu zeigen versucht worden, daß es solche in der That nicht gibt: jener §. 1458 a. b. G. B. hat also vielmehr die Bedeutung, daß durch die noch so lange Zeit dauernde, in der redlichsten Weise geschehene Fortführung eines familienrechtlichen Verhältnisses dieses Verhältniß nicht aus einem factischen zu einem rechtlichen werde[46]. Es wird also insbesondere ein eheliches Zusammenleben ohne wirkliche Ehe durch die Länge der

---

44) So z. B. Himmelstoß §. 28, Mraczek S. 39.

45) In Zeiller's Darstellung (IV S. 198) klingt noch der Gedanke an die Immemorialverjährung nach.

45a) Diese Bestimmung ist auch in den sächs. Entw. §. 179 übergegangen.

46) So z. B. sagt das bürgerl. Gesetzb., daß „die Rechte eines Ehegatten“ kein Gegenstand der Ersitzung sind; allein die s. g. Rechte eines Ehegatten sind nur eine Folge dessen, daß jemand Ehegatte ist; wer Ehegatte ist, hat jene Rechte, wer nicht Gatte ist, dem fehlen sie: in der That also handelt es sich darum, ob die Qualität Ehegatte durch Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens ohne wirkliche Ehe erworben werden könne oder nicht.

Zeit nicht in eine gültige Ehe verwandelt[47], noch geht die Nullitätsquerel, der die Ehe wegen einer absoluten Nullität ausgesetzt ist (§. 94 a. b. G. B.), durch Verjährung unter[48]. Ferner wird die rechtliche Qualität eines Vaters oder Kindes dadurch nicht erworben, daß sich jemand noch so lange Zeit bona fide als Vater oder Kind gerirt hat: diese Verhältnisse werden eben nur durch (eheliche oder außereheliche) Zeugung oder gültige Adoption[49] begründet (l. 1 pr. D. de adopt. 1, 7 Filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt cf. l. 15 C. de probat. 4, 19[50]). Das Gleiche gilt in Ansehung der Vormundschaft[51].

Nach Ausscheidung dieser Fälle bleibt für die Ersitzung auf dem Gebiet des reinen Privatrechts[51a] nur noch das Gebiet des gleichzeitigen und successiven Vermögensrechts über. Was nun in dieser Beziehung

1) das Eigenthumsrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen[52] betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieses (und

---

47) Vgl. hierüber Unterholzner II §. 297, Kori §. 120, Dabelow I §. 99, Winiwarter in den Materialien §. 8 Nr. 4.

48) Daß die Nullitätsquerel wegen eines s. g. impedimentum dirimens juris publici in keiner Zeit verjähre, ist im canonischen Recht ausdrücklich vorgesehen c. 8 X de cons. et affin. (4, 14) c. 5 X de eo qui duxit (4, 7) vgl. Schulte kathol. Eher. S. 463.

49) cf. l. 8 C. de praescr. long. temp. (7, 33).

50) Wenn es am Schluß des §. 1458 a. b. G. B. heißt: „doch kommt denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen Behauptung und Ausübung ihrer vermeinten Rechte zu statten", so ist hierin nicht etwa die Anerkennung eines Besitzes an Familienrechten zu sehen (wie dieß in der Regel von unsern Schriftstellern geschieht vgl. z. B. Zeiller IV S. 200, Stubenrauch I S. 634), sondern nur eine provisorische Aufrechthaltung des status quo angeordnet, bis über das Rechtsverhältniß selbst endlich entschieden ist, so daß in dieser Beziehung nach österr. Recht allerdings Dasjenige gilt, was Savigny (Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 617) für das canonische Recht (wohl mit Unrecht) behauptet.

51) Vgl. hierüber Unterholzner Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 7 Verjährungslehre II §. 298, Dabelow I §. 100 Nr. I; vgl. auch Zeiller IV S. 199, Scheidlein §. 10.

51a) Daß das Patronatsrecht Gegenstand der Ersitzung sei (§. 1471 a. b. G. B. vgl. Winiwarter V S. 182) gehört in das Kirchenrecht.

52) Von dem Fall, daß ein Recht den öffentlichen Büchern einverleibt ist, wird hier ganz abgesehen: über die s. g. Tabularersitzung s. unten im Text III 3. — Der Umstand, daß das Gesetzbuch das „Recht des Besitzes" als ein dingliches Recht auffaßt (§. 308 a. b. G. B. vgl. Bd I S. 523 fg.) hat im Zusammenhang mit der Bestimmung des §. 1455 a. b. G. B., daß Alles, was erworben werden

zwar sowohl das volle Eigenthum als das s. g. Nutzungseigenthum) durch Ersitzung erworben werden könne (§§. 1466. 1468 a.b.G.B.). Dasselbe gilt

2) von Dienstbarkeiten (§§. 480. 1470 a. b. G. B.) und ebenso

3) von den dem deutschen Recht angehörigen auf Grund und Boden radicirten Rechten (§§. 1469. 1470 a. b. G. B.[53]), insbesondere von den Reallasten (Bd I §. 63 Note 29). Dagegen ist

4) das Pfandrecht an beweglichen Sachen (Faustpfand vgl. Note 52) kein Gegenstand der Ersitzung[54], weil es am Pfandrecht keinen Besitz gibt[55] und daher die Basis aller Ersitzung fehlt (Sine possessione usucapio contingere non potest l. 25 D. de usuc. 41, 3).

---

kann, sich ersitzen lasse, sogar die Frage hervorgerufen, ob man nicht etwa auch „das Recht des Besitzes" (d. h. eigentlich den Besitz) — ersitzen könne, eine Frage, welche zwar verneint wird (vgl. Winiwarter Mater. VII S. 189 VIII S. 68, Perthaler in der angef. Abh. S. 53. 54), aber gar nicht aufgeworfen werden sollte. (Das westgal. Gesetzb. III §. 605 hatte noch die merkwürdige Bestimmung: „Unter den dinglichen Rechten läßt sich das Besitzrecht nur mit dem Eigenthum der besessenen Sache eigentlich ersitzen.")

53) Vgl. hierüber Winiwarter Mater. VIII §§. 18. 19 und s. auch Savigny Recht des Besitzes §. 49 und Unterholzner II §§. 235. 236. 254.

54) Auch gemeinrechtlich wurde früher darüber gestritten, ob es eine Ersitzung des Pfandrechts gebe (vgl. die Literatur dieses Streites bei Glück XVIII S. 195 fg. vgl. auch Savigny IV S. 312); wenn nun gleich manche ältere Schriftsteller die Zulässigkeit einer Entstehung des Pfandrechts durch Ersitzung behaupteten (so insbesondere E. G. Schmidt Der Erwerb des Pfandrechts durch Verjährung 1788 und Dabelow I §. 97), so war doch schon früher die entgegengesetzte Ansicht die herrschende (vgl. Thibaut Besitz und Verjährung §. 37 System §. 1018, Unterholzner Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 6 Nr. 2 §. 43 Nr. 6, Glück S. 196, Kori Verjährung §. 56) und wird h. z. T. gar nicht mehr bestritten vgl. Unterholzner II §§. 247. 248, Büchel Civilrechtliche Erörterungen I (2. Aufl.) S. 166 fg., Sintenis Handb. des gemeinen Pfandr. §. 36 (welcher meint „daß es wohl niemanden mehr einfallen werde, an eine wirkliche Ersitzung des Pfandrechts zu denken"). — Unter den österr. Schriftstellern ist es lebhaft bestritten, ob es eine Ersitzung des (Faust-) Pfandrechts gebe (vgl. hierüber Unger Der sächs. Entwurf S. 101 Note 1); Pachmann Verjährung §. 45 läugnet dieselbe, während Winiwarter Mater. VIII §. 200 Comment. V §. 122, Ellinger ad §. 1455, Perthaler in der angef. Abh. S. 54, Michel Grundriß des heutigen österr. Privatr. S. 182 und Harum im Magazin Bd XIII S. 31—33 dieselbe behaupten. (In den Mater. VIII S. 69 behauptet Winiwarter sogar, daß eine Ersitzung des Pfandrechts auch in dem Fall stattfinde, wenn das vom Eigenthümer der Pfandsache gültig bestellte Pfandrecht aus dem Grund nicht sofort erworben sei, weil es an einer gültigen Forderung fehlt §. 449 a. b. G. B.)

55) Es gibt zwar einen Besitz der Pfandsache nicht aber einen Besitz des

5) Ebensowenig sind Forderungsrechte ein Gegenstand der Ersitzung[56], da es auch an ihnen keinen Besitz gibt (Bd I §. 62 Note 25).

6) Das Erbrecht endlich ist ebenfalls kein Gegenstand der Ersitzung[57]. Das Erbrecht als das Recht Erbe zu sein, nicht bloß

Pfandrechts (vgl. Bd I §. 61 Note 81 und Büchel a. a. O. S. 159 fg.); unter dem Ausdruck „Pfandbesitz" im §. 1369 a. b. G. B. ist nichts Anderes als Besitz der Pfandsache (Besitz des Pfandes) zu verstehen (a. A. wie ich glaube mit Unrecht Pachmann Verjähr. §. 45 Note 6). — Harum a. a. O. behauptet, daß auch in der bloßen Inhabung der Pfandsache schon eine Ausübung des Pfandrechts liege — aber wohl mit Unrecht. Die Ausübung eines Rechts ist die thatsächliche Geltendmachung des Inhalts, welcher im Rechte liegt (Bd I §. 68): die Frage aber, was den Inhalt des Pfandrechts bilde, kann nicht mit Rücksicht auf eine bestimmte Form des Pfandrechts, sondern muß auf jede Art des Pfandrechts (pignus wie hypotheca) passend beantwortet werden. Läge in der That schon im Innehaben einer Sache auf Grund eines dinglichen Rechts eine Ausübung desselben, wie wäre es möglich, daß der Usufructuar oder Usuar, der die Sache fortwährend inne hat, dennoch durch non usus seines Rechts verlustig wird? (vgl. auch Hoffmann Die Lehre von den Servituten Bd II S. 202. 203): hiermit fällt von selbst die von Harum S. 33 bevorwortete Auslegung des §. 1483 a. b. G. B.

56) Auch in dieser Beziehung hat man früher gemeinrechtlich viel gestritten (vgl. die Literatur bei Glück XXI S. 50—57) und insbesondere aus Mißverständniß der l. 6 D. de usur. (22, 1) eine Entstehung der Zinsverbindlichkeit (ja selbst der Capitalschuld) durch Ersitzung behauptet (so z. B. Dabelow I §. 98 und noch Gesterding Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrt. S. 1 fg.; diese Ansicht ist auch in's preuß. Recht übergegangen I 11 §. 839 vgl. Savigny IV S. 313, Koch Preuß. Privatr. I §. 148); allein die richtige Ansicht (cf. l. 7 C. de usur. 4, 32) hat immer die Oberhand behalten (vgl. Thibaut Besitz §. 37, Unterholzner Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 6 Nr. 3 Verjährungslehre II §§. 252. 253, Kori §. 55, Glück und die bei ihm S. 51 Note 75 angef. zahlreichen Schriftsteller) und gilt h. z. T. unbestritten. — Unsere Schriftsteller sind verschiedener Ansicht; der hier vertheidigten sind Scheidlein §. 37, Winiwarter Mater. VIII §. 22 Comment. V §. 124, der entgegengesetzten Nippel IX S. 10 fg., Kleinwächter Bd X S. 926. 927 und Ellinger ad §. 1455, welch letzterer wenigstens für das Recht auf Renten, Pensionen u. s. f. eine Ersitzung behauptet (eine Ansicht, welche ich noch in der Schrift über den sächs. Entwurf a. a. O. theilte).

57) Auch in dieser Beziehung herrscht unter den österr. Schriftstellern Meinungsverschiedenheit; während Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1835 I S. 248. 249, Pachmann Verjähr. §. 49 Note 1, Perthaler S. 54. 55 und Ellinger ad §. 1455 Nr. 4 (obgleich unter sich wieder verschiedener Ansicht) eine Ersitzung des Erbrechts annehmen, wird die Zulässigkeit derselben (unter verschiedener Motivirung) verworfen von Winiwarter Mater. VIII §. 21 Comment. V §. 123, Nippel IX S. 9 fg. und Kleinwächter Bd X S. 923 fg. — Gemeinrechtlich hat man auch schon früher eine Ersitzung des Erbrechts verworfen vgl. Dabelow I §. 100 Nr. I, Unterholzner II §§. 164. 167. Die usucapio pro herede des ältern röm. Rechts (vgl. hierüber

Erbe zu werden (Bd I S. 534 fg.[58]), besteht in dem Recht, die vermögensrechtliche Persönlichkeit eines Verstorbenen zu repräsentiren; zu dieser Repräsentation wird man berufen durch den rechtsbeständigen Willen des zu Repräsentirenden (testamentarische Erbfolge), durch einen gültigen Erbvertrag, oder durch gesetzliche Bestimmung (Intestaterbfolge §. 533 a. b. G. B.): eine andere Erbfolge gibt es nicht. Fehlt es an einem dieser Berufungsgründe, so kann das Repräsentationsverhältniß durch noch so lange factische Ausübung nicht zu einem rechtlichen werden, indem die Qualität Erbe nur in Folge jener Gründe, nicht aber dadurch erworben werden kann, daß sich jemand lange Zeit so gerirt, als hätte er diese Qualität. Hierzu kommt noch überdieß, daß die factische Ausübung des Repräsentationsverhältnisses (des Erbrechts) gar nicht als Besitz (des Erbrechts) im technischen Sinn angesehen werden kann: es fehlt mithin schon in dieser Beziehung an der Grundlage der Ersitzung.

Resumirt man die vorstehende Entwickelung, so zeigt es sich, daß nur das Eigenthumsrecht, die Dienstbarkeiten und die auf Grund und Boden radicirten Rechte deutschen Ursprungs Gegenstand der Ersitzung sind: alle übrigen Rechte sind nicht Object der Ersitzung. Die Ersitzung erscheint somit nicht als eine allgemeine Erwerbsart von Rechten, und der Satz: „Was sich erwerben läßt kann auch ersessen werden" erweist sich als unrichtig, und vielmehr das Gegentheil als das Wahre.

II. „Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht[59],

---

Scheurl Beiträge I Nr. II) läßt für das heutige Recht durchaus keine analoge Anwendung zu.

58) Es läßt sich daher nicht billigen, wenn manche österr. Schriftsteller (z. B. Winiwarter und Nippel a. a. O.), freilich auf Grundlage des §. 532 a. b. G. B., in Ansehung der Ersitzung des Erbrechts vom Erbrecht als dem Recht jemanden zu beerben, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers einzutreten, den Nachlaß in Besitz zu nehmen sprechen: es handelt sich hier nicht um das Recht Erbe zu werden, sondern um das Recht Erbe zu sein, nicht um das Recht eine Erbschaft in Besitz zu nehmen, sondern um das Recht, die in Besitz genommene Erbschaft zu behalten (vgl. auch Kleinwächter a. a. O. Bd X S. 925, der deßhalb [jedoch mit unrichtiger Berufung auf Schuster in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 234 fg.] meint, es handle sich nicht darum, ob das Erbrecht, sondern ob die Erbschaft Object der Ersitzung sein könnte oder nicht).

59) Hierin liegt eine wichtige Abweichung des österr. Gesetzb. sowohl vom

erlöschen — durch Nichtgebrauch oder — Stillschweigen" (§. 1479 vgl. §. 1478 a. b. G. B.). In dieser absoluten Weise wird die Extinctivverjährung als eine allgemeine Erlöschungsart der Rechte im Gesetzbuch hingestellt. Aber auch hier wird eine nähere Untersuchung der einzelnen Fälle lehren, daß es von jenem Satz so zahlreiche Ausnahmen gibt, daß er seine absolute durchgreifende Bedeutung gänzlich verliert.

Die Ausnahmen, welche das Gesetzbuch selbst von jener allgemeinen Regel macht, sind folgende:

1) „Die den wesentlichen Hoheitsrechten entsprechenden Schuldigkeiten können nicht verjährt werden" (§. 1456 a. b. G. B.). Insofern es sich hier um Verbindlichkeiten juris publici handelt, gehört diese Bestimmung gar nicht in ein privatrechtliches Gesetzbuch[60].

2) „Die in dem Familien- und überhaupt in dem Personenrecht gegründeten Rechte"[61] (§. 1481 a.b.G.B.). Daß die s. g. (reinen) Personenrechte nicht durch Nichtausübung untergehen[62], ist eine Folge dessen, daß sie nichts anderes als Ausflüsse einer rechtlichen Qualität sind: so lange diese Qualität (z. B. die Qualität Gatte, Vater, Kind) dauert, so lange dauern auch alle rechtlichen Consequenzen dieser Stellung.

Entwurf desselben (III §. 617 vgl. jedoch §. 622) als von den neueren Gesetzgebungen (z. B. A. L. R. I 9 §. 511 sächs. Entwurf §. 183) über öffentliche Bücher: die Frage der Zweckmäßigkeit und Compatibilität jener Bestimmung wird im besondern Theil untersucht werden.

60) Es gilt auch in dieser Beziehung ganz Dasselbe, was früher Text I 1 zu Note 40 ausgeführt wurde. Die Reichsstände freilich beriefen sich, um ihrer Verpflichtung Reichssteuern zu zahlen ledig zu werden, wohl auch auf die Extinctivverjährung oder auf eine Ersitzung der Steuerfreiheit (R. A. 1548 §. 57 — im Fall daß ein — Stand ausführen wollt, daß er — wider die Reichsanschläg und Hülff legitimo präscribirt habe — vgl. Pfeffinger l. c. Tom. II p. 1037. 1047): im heutigen Leben wird es wohl kaum mehr ein Unterthan versuchen, sich auf solche Weise seiner Verbindlichkeit, Steuern zu zahlen, zu entledigen. — Eine andere Frage ist es, ob die einzelne fällige Steuerforderung u. ä. verjähren kann.

61) Das Gesetzbuch spricht zwar „von den in dem Familien- und überhaupt in dem Personenrecht gegründeten Verbindlichkeiten"; allein daß die Verbindlichkeit nicht verjährt, ist nur eine Folge dessen, daß das Recht, dem jene Verbindlichkeit entspricht, nicht verjährt ist; vgl. auch Thl III §. 619 des westgal. Gesetzbuchs.

62) Vgl. hierüber Winiwarter Mater. §. 30 Comment. V §. 184. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die väterliche Gewalt durch Extinctivverjährung

3) „Die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und sein Eigenthum" (§. 1459 vgl. §§. 1481. 1482 a. b. G. B. vgl. §§. 599. 600 Thl III des westgal. Gesetzb.). Es sind dieß die „Handlungen der bloßen Willkür" die s. g. actus merae facultatis, deren Unverjährbarkeit ausgesprochen wird[63]; von diesem Begriff und seinem Zusammenhang mit der Extinctivverjährung war bereits oben (Bd I S. 496—498. 614) ausführlich die Rede[64].

Nach Ausscheidung dieser Fälle, in welchen das Gesetzbuch ausdrücklich eine Ausnahme von der Regel macht, daß alle Rechte gegen einen Dritten durch Nichtgebrauch verloren gehen[65], bleibt nur noch

---

untergehe (vgl. Glück II §. 156, Thibaut Besitz §. 61 System §. 1027, Unterholzner II §. 296 vgl. über diesen gar nicht als Verjährung anzusehenden Fall Arndts §. 426 Anm. 3 und §. 428 a. E.), hat für das österr. Recht kein Interesse.

63) Der §. 1459 a. b. G. B. steht in der Paragraphenreihe, welche von der Ersitzung handelt (§. 599 des westgal. Gesetzb. hatte überdieß noch den Ausdruck, daß solche Handlungen der bloßen Willkür keiner „Ersitzung" unterliegen): es ist aber (wie schon Thibaut Besitz S. 84 Note 1 bemerkt hat) sicher ganz unzukömmlich, in der Lehre von der praescriptio acquisitiva die res merae facultatis für unverjährbar zu erklären, da es ja allgemein und so auch insbesondere im Schlußsatz des §. 1459 a. b. G. B. zugestanden wird, daß bei diesen rebus, wenn ein Anderer einen Besitzstand erwirbt, allerdings eine (erwerbende) Verjährung stattfinde: hiernach sagt der erste Satz des §. 1459 a. b. G. B., Handlungen bloßer Willkür seien unverjährbar, und der zweite Satz, sie seien unter Umständen allerdings verjährbar (§. 599 des westgal. Gesetzb. sagt ausdrücklich im ersten Satz, Handlungen der bloßen Willkür erliegen keiner Ersitzung, und im zweiten Satz, Handlungen dieser Art unterliegen der Ersitzung). —

64) Was insbesondere das im §. 1459 a. b. G. B. gebrauchte Beispiel „seine Waaren da oder dort zu kaufen" betrifft, so erhält dieses seine Bedeutung durch die Beziehung auf die Bannrechte (unhaltbar ist, was Kori §. 40 Note 153 gegen diese Beziehung vorbringt), durch welche die Einwohner eines Bezirks verbunden wurden, ihre gewerblichen Bedürfnisse nicht durch einen Andern als den Bannberechtigten zu befriedigen (z. B. Waaren oder Getränke nicht bei einem Andern zu kaufen, ihr Getreide nicht bei einem Andern mahlen zu lassen u. s. f. vgl. Walter D. P. R. §§. 491—493): diese Bannrechte sind in Österreich vorlängst (1789, 1790) aufgehoben worden. — Selbst diese Bestimmung des österr. Gesetzb. ist in den sächs. Entwurf (§. 180) übergegangen.

65) Man könnte erwarten, daß unter den Ausnahmen von der Verjährbarkeit der Rechte hier auch das Einlösungsrecht verpfändeter Sachen (§. 1483 a. b. G. B. = §. 185 des sächs. Entw.) aufgeführt werde: allein diese Bestimmung des §. 1483 a. b. G. B. (durch welche jene berühmte alte Controverse [vgl. Mraczek S. 32 fg.] befriedigend gelöst wird vgl. hierüber Savigny V S. 300 fg.) ist nur als eine Bestimmung über die Nativität der actio pigneratitia directa (in personam) anzusehen (cf. l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13, 7): manche österr. Schriftsteller z. B. Zeiller IV S. 241, Winiwarter V S. 160. 219,

das Vermögensrecht als das mögliche Gebiet der Extinctivverjährung übrig. Was nun

1) das volle Eigenthumsrecht betrifft, so ist es allgemein anerkannt[66], daß dasselbe durch noch so langen Nichtgebrauch nicht untergehe: das Eigenthumsrecht ist somit der Extinctivverjährung nicht unterworfen: was verjähren kann, ist lediglich die Eigenthumsklage[67]. Ebensowenig ist das s. g. Nutzungseigenthum der Verjährung durch Nichtgebrauch unterworfen: auch das getheilte Eigenthum geht so wie das volle Eigenthum nur in Folge der Ersitzung unter[68]: was extinctiv verjähren kann, ist lediglich die Klage zum Schutz des Nutzungseigenthums (die utilis rei vindicatio).

2) Dienstbarkeiten gehen unzweifelhaft durch Nichtgebrauch (non utendo) unter[69] (vgl. auch §. 1488 a. b. G. B.). Von diesem Untergang des Servitutrechts durch Nichtausübung, das heißt durch Nichtgeltendmachung des materiellen Rechtsstoffs (Bd I §. 68), ist das Erlöschen des Klagrechts zum Schutz der Servitut (der actio confessoria §. 523 a. b. G. B.) durch eine längere Nichtanstellung derselben wohl zu unterscheiden[70].

Nippel IX S. 102, Pachmann §. 9 Nr. 4 wollen gleich älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern die Unverjährbarkeit des Einlösungsrechts mit Unrecht (vgl. dagegen auch Kori §. 92 Note 452 a. E.) als eine Consequenz aus dem §. 1459 resp. §. 1482 a. b. G. B., das heißt als eine Anwendung der Grundsätze von den res merae facultatis ansehen.

66) cf. l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX (7, 39) vgl. Winiwarter V S. 160. 207. 213, Pachmann Verjähr. §. 94 Note 15, Nippel IX S. 76, Graßl im Magaz. VII S. 97; — vgl. auch Savigny V S. 368, Puchta Instit. II S. 411.

67) cf. l. 8 §. 1 cit. — Es herrscht unter den österr. Schriftstellern die Ansicht, daß die Eigenthumsklage unverjährbar sei, weil das Eigenthumsrecht nur durch Ersitzung, nicht durch Verjährung untergehe: allein diese Ansicht (welche auch gemeinrechtliche Schriftsteller früher theilten vgl. z. B. Kori §. 92 und S. 157) ist sicher unrichtig; das Nähere über diesen Irrthum und die Wurzel desselben in der Lehre von der Klagverjährung.

68) In diesem Fall ist die Erlöschung des Nutzungseigenthums die Folge der Erwerbung des vollen Eigenthums der Sache durch Ersitzung (§. 1474 a. b. G. B.).

69) Vgl. auch Schuster Über das Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Servituten u. s. w. (1819) S. 211 fg. 443 fg.

70) cf. l. 27 pr. i. f. D. de noxal. act. (9, 4). Nur in dem Fall des §. 1488 a. b. G. B. (in welchem manche österreich. Schriftsteller, z. B. Winiwarter Comment. V S. 141, Ellinger Handbuch ad §. 1488 a. b. G. B. mit Unrecht von einer usucapio libertatis sprechen) hat die Nichtanstellung der actio confessoria (binnen drei Jahren) den Untergang der Servitut zur Folge.

3) Das Gleiche gilt von den dem deutschen Recht angehörigen auf Grund und Boden radicirten Rechten (vgl. §. 1480 a. b. G. B.[71]).

4) Was das Pfandrecht anbelangt, so geht dasselbe durch noch so lange Nichtausübung nicht verloren[72] (§. 1483 a. b. G. B.): dagegen geht die Pfandklage (actio hypothecaria) durch Versäumung ihrer Anstellung während einer gewissen Zeit verloren, und dieser Untergang der Pfandklage hat auch den Untergang des Pfandrechts zur Folge[73] (quia nullum pignus est, cujus persecutio denegatur l. 27 pr. D. de noxal. act. 9, 4)[74].

5) Was die Forderungsrechte anbelangt, so unterliegen auch sie der Verjährung und zwar geht nach österreichischem Recht durch die Verjährung nicht bloß das Klagrecht sondern das Forderungsrecht selbst unter[75]. Insofern aber das Forderungsrecht in der Klage seinen eigentlichen Stützpunkt hat (Bd I S. 550) und die Obligatio ihrem Wesen nach mit der Actio zusammenfällt, erscheint die eine gewisse Zeit dauernde „Nichtausübung" der Forderung als eine Nichtgeltendmachung des gerichtlichen Anforderns, als eine Nichtanstellung der Klage[76] (vgl. auch Bd I §. 62 Note 41), so daß die

---

71) Vgl. Winiwarter Comment. V S. 242 und §. 141; in Ansehung des gemeinen Rechts vgl. Thibaut Besitz §. 60.

72) Eine andere Frage ist es, ob es nach österr. wie nach gemeinem Recht (vgl. Arndts Pandekt. §. 390) eine Ersitzung der Pfandfreiheit gebe: hiervon ist im besondern Theil zu handeln.

73) Darüber, daß beim Pfandrecht der Verlust des Klagrechts durch Verjährung zugleich den Verlust des dinglichen Rechtes selbst zur Folge habe, vgl. Sintenis Handb. des Pfandr. S. 571 und Vangerow I S. 261, insbesondere aber Büchel Civil. Erört. I S. 243 fg. 248 fg.

74) Die Rechtfertigung und nähere Ausführung der im Text aufgestellten Sätze wird in der Lehre vom Pfandrecht erfolgen.

75) Das Nähere über diese besonders im gemeinen Recht so überaus bestrittene Frage weiter unten: die Naturalobligation, welche nach österr. Recht nach Ablauf der Verjährungsfrist vorhanden ist §. 1432 a. b. G. B. (vgl. oben §. 77 Note 24 §. 86 Note 7), ist eine Naturalobligation im weitern uneigentlichen Sinn (der l. 32 §. 2 D. de cond. int. 12, 6 vgl. Puchta Instit. II §. 208 Note nn).

76) Wenn die Schuldverjährung durch Zinsenzahlung unterbrochen wird (l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX 7, 39 l. 19 C. de fide instrum. 4, 21), so liegt der Grund nicht darin, daß hierin etwa eine Ausübung des Forderungsrechts zu sehen ist, sondern darin, daß in der Zinsenzahlung eine Anerkennung des Forderungsrechts liegt (vgl. Savigny V S. 314 fg., Zeiller IV S. 265. — Hieraus erklärt es sich auch, wie die gemeinrechtlichen Vertheidiger der stärkeren Wirkung

Forderung mit der Klage verjährt und die Forderungsverjährung (Schuldverjährung) zunächst als eine Klagverjährung erscheint.

6) Was endlich das Erbrecht betrifft, so findet eine Verjährung desselben durch Nichtgebrauch nicht statt: was verjähren kann, ist nur die Erbschaftsklage (§. 823 a. b. G. B.), indem diese durch längere Nichtanstellung untergeht (l. 3 C. de praescr. XXX vel XL annor. 7, 39); dieser Fall muß aber von dem der Verjährung des Erbrechts durch Nichtgebrauch wohl unterschieden werden[77].

Resumirt man diese Untersuchung, so ergibt sich, daß die Extinctivverjährung durchaus nicht als eine allgemeine Erlöschungsart der Rechte zu betrachten sei, daß der Verlust eines Rechts durch Nichtgebrauch, das heißt durch Nichtgeltendmachung des materiellen Rechtsstoffs desselben nur in einigen Fällen (bei Dienstbarkeiten und auf Grund und Boden radicirten Rechten) stattfinde, und daß als wahrhaft allgemein nur der Untergang der Klagen wegen Versäumung ihrer Anstellung während einer gewissen Zeit (Klagverjährung)[77a] zu betrachten sei. Es gibt zwar allerdings noch Fälle, in welchen ein binnen einer gewissen Zeit nicht ausgeübtes Recht erlischt: allein in diesen Fällen geht das Recht nicht deßhalb unter, weil man es eine gewisse Zeit hindurch nicht ausgeübt hat (Nichtausübung im subjectiven Sinn), sondern deßhalb, weil die Zeit verstrichen ist, während dessen allein es hätte ausgeübt werden können und nicht ausgeübt worden ist (Nichtausübung im objectiven Sinn)[78]. Bei der Verjährung ist die Nichtausübung des

---

der Klagverjährung (vgl. Vangerow I S. 265 Ziff. 1 vgl. hierüber auch Savigny V S. 350) zugeben können, daß es für eine obligatio naturalis keine Extinctivverjährung gebe.

77) Vgl. Unterholzner II S. 47. (Wenn zur Antretung einer Erbschaft eine Frist gesetzt ist, mit deren Ablauf der Berufene, wenn er nicht angetreten hat, präcludirt ist, so kann man hierin nicht, wie es Unterholzner II §§. 164. 165 thut, eine aufhebende Verjährung des Erbrechts sehen, indem hier vielmehr mit dem Ablauf der [Präclusiv-] Frist die Möglichkeit hinwegfällt, die Erbschaft [d. h. hier das Erbrecht l. 151 D. de V. S.] zu erwerben.)

77a) Auf diese längere Nichtanstellung der Klage ist wohl der Ausdruck „Stillschweigen" im §. 1479 a. b. G. B. zu beziehen: ebenso heißt es in den römischen Quellen triginta annorum silentium, juge silentium, diuturnum silentium, jugis taciturnitas vgl. z. B. l. 3 C. de praescr. XXX (7, 39) l. 6 C. de praescr. long. temp. (7, 33) l. 1 C. de commun. rer. alien. (4, 52) l. 1 C. si advers. credit. (2, 38) l. 10 C. de acq. poss. (7, 32).

78) Hierher gehört z. B. der Fall der Erlöschung des Vorkaufsrechts, wenn es

Rechts im subjectiven Sinn (das heißt die Nichtgeltendmachung des Rechtsstoffs, die Nichtanstellung der Klage) das Primäre, und der

---

nicht innerhalb einer gewissen Frist nach geschehener Anbietung zur Einlösung ausgeübt wurde (§. 1075 a. b. G. B.), der Erlöschung des Rechts die aufgetragene Vormundschaft abzulehnen (§. 201 a. b. G. B.) oder sich um die Übernehmung der Vormundschaft zu melden (§. 259 a. b. G. B.), der Erlöschung des Rechts bei dem Kauf auf Probe von demselben zurückzutreten (§. 1081 a. b. G. B.), der Erlöschung des Rechts auf „Vollziehung der Zusage" (Erfüllung des pactum de contrahendo) „zu bringen" (§. 936 a. b. G. B.) u. s. f. Dagegen ist in dem Fall des §. 933 a. b. G. B. (Gewährleistung) und ebenso im Fall des §. 156 fg. a. b. G. B. (Recht zur Bestreitung der ehelichen Geburt) allerdings eine Verjährung vorhanden, da hier ein Forderungsrecht oder ein Klagrecht durch Nichtanstellung der Klage erlischt, also zunächst ein Fall der Klagverjährung gegeben. — Der Umstand, daß der Begriff der Extinctivverjährung durch willkürliche Abstraction dahin generalisirt wurde, daß er alle Fälle des Untergangs eines Rechts, sei es nun wegen objectiver oder subjectiver Nichtausübung desselben innerhalb einer bestimmten Zeit, zu umfassen im Stande ist, nöthigt mit Rücksicht auf die bei der Verjährung geltenden eigenthümlichen Grundsätze (z. B. über Hemmung und Unterbrechung derselben, über Verlängerung der Frist), dennoch wieder die Fälle auszuscheiden, in denen ein Recht zwar in Folge der eine gewisse Zeit dauernden Nichtausübung desselben erlischt, aber trotzdem eine Verjährung nicht vorhanden ist. Man stellt daher (ebenso wie es die früheren gemeinrechtlichen Schriftsteller thaten vgl. z. B. Kori §. 48, Unterholzner I §. 1, über dessen Begriffsbestimmung Savigny §. 178 Note m zu vergleichen ist) nach österreichischem wie nach preußischem Recht (vgl. Koch I §. 149) oft gar gezwungene Unterscheidungen „zwischen den Verjährungsfällen und andern ähnlichen" auf und sucht mühsam nach entscheidenden Kriterien (vgl. z. B. Winiwarter Mater. §§. 1. 43 Comment. V §. 97, Pachmann Verjähr. §. 3). In dieser Beziehung herrscht nun unter den österreichischen Schriftstellern lebhafter Streit, indem die Einen den fraglichen Fall als einen Verjährungsfall ansehen, während die Andern ihm diese Eigenschaft absprechen (so will z. B. Winiwarter a. a. O. die Fälle der §§. 156. 933. 967. 1097. 1111 a. b. G. B. nicht als Verjährungsfälle anerkennen, während Pachmann §. 3 und Nippel IX S. 3 gleich Thibaut Besitz §. 1 auch die Prozeßfristen als Verjährungsfälle behandeln und von manchen österr. wie gemeinrechtlichen Schriftstellern [z. B. Thibaut System §. 1030, Unterholzner II §. 298] selbst die Frist zur Excusation von der Vormundschaft für eine Verjährungsfrist angesehen wird). Vermehrt wird die Schwierigkeit noch durch die Fassung des §. 1491 a. b. G. B., welcher vielen österr. Schriftstellern (z. B. Zeiller IV S. 252 fg., Nippel IX S. 124 fg.) als Veranlassung dient, bei dieser Gelegenheit alle Fälle zusammenzustellen, in welchen das Gesetzbuch Vorschriften über das Erlöschen der Rechte durch Zeitablauf überhaupt enthält und sie alle (so z. B. selbst die Fälle der §§. 73. 384. 599. 862. 1232 und 1367 a. b. G. B.!) hiermit implicite als Verjährungsfälle zu erklären. Nippel S. 124 meint freilich, es seien dieß zwar Verjährungsfälle, allein die eigenthümlichen Bestimmungen über Verjährung seien deßhalb nicht auf sie anzuwenden, weil das Gesetz diese einzelnen Verjährungsfälle nicht in das Hauptstück von der Verjährung aufgenommen hat — als ob nicht die Verweisung genügte! Umgekehrt meint Winiwarter Comment. V §. 153, daß Fälle, auf welche sich keiner der §. 1491 a. b. G. B. bezieht, ein Verjährungsfall sei,

Zeitablauf das Secundäre, in jenen Fällen dagegen ist der Ablauf der Frist, innerhalb dessen das Recht auszuüben ist, das Primäre und die Nichtausübung im objectiven Sinn (das heißt das Nichtausgeübtwordensein) das Secundäre, welches den Erfolg des Rechtsverlusts nur vermittelt: in jenen Fällen ist dem Recht selbst von vornherein eine zeitliche Grenze gesetzt (certo tempore actio finitur), daher das Recht mit dem Eintritt des Endtermins, mit dem Ablauf der Frist von selbst erlischt (dies exit, tempus excessit) während in den Fällen der Verjährung das Recht an sich zeitlich unbeschränkt ist und nur die längere Nichtausübung desselben den Untergang desselben herbeiführt [78a]: mit andern Worten, in jenen Fällen liegen Präclusivfristen (vorherg. § Nr. 2), nicht Verjährungsfristen vor [79].

---

wogegen zu erinnern ist, daß es nicht angeht, eine mitten in dem Hauptstück über die Verjährung getroffene Bestimmung nicht auf die Verjährung zu beziehen (vgl. auch §. 1463 a. b. G. B.): es handelt sich eben darum zu bestimmen, an welchen Orten im Gesetzbuch sonst noch Verjährungsfälle vorkommen; vgl. Note 79.

78a) Ich entnehme (während der Drucklegung dieses Bogens) aus der Schrift von Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (Bd I 1856), daß dieser Schriftsteller in seiner tüchtigen Abhandlung „Geschichte der Klagverjährung" (S. 1—108) von derselben Unterscheidung ausgeht (S. 3 fg.), und dadurch zu einer neuen fruchtbaren und gewiß richtigen Ansicht über die ältere römische Klagverjährung (S. 7 fg.) und ihr Verhältniß zur neueren (theodosischen S. 82 fg.) gelangt ist.

79) Behufs der Entscheidung der Frage, ob eine in einem frühern als dem letzten Hauptstück gegebene Frist als Fall oder Verjährungsfrist anzusehen sei, ob also der betreffende § ein solcher sei, auf den sich im §. 1491 a. b. G. B. bezogen wird, oder nicht, hat man bloß darauf zu sehen, ob die Nichtausübung des Rechts, welches mit dem Ablauf einer gewissen Zeit verloren gehen soll, in der Unterlassung der Anstellung der zur Geltendmachung jenes Rechts dienenden Klage besteht oder nicht: im ersten Fall ist — der Satz mag wie immer sprachlich gefaßt sein — ein Fall der Klagverjährung, somit ein Fall der Extinctivverjährung überhaupt gegeben, während im zweiten Fall bloß eine Fallfrist vorhanden ist. (Die Frage, um deren Lösung es sich handelt, ist also die: ist dem Recht von vornherein eine bestimmte Zeitgrenze gesetzt, innerhalb deren es ausgeübt werden muß [terminus intra quem, dies ad quem]? oder ist das Recht an sich zeitlich unbeschränkt, es geht aber wegen Nichtausübung innerhalb einer gewissen Zeit unter [Extinctivverjährung]? Auf die Satzbildung kann man sich zur Lösung dieser praktisch so sehr wichtigen Frage nicht verlassen [vgl. auch Demelius S. 3 fg.], und dieß für das österr. Gesetzb. um so weniger, als die Verfasser desselben sich die fragliche Verschiedenheit nicht klar gemacht haben und daher denselben Gedanken abwechselnd in verschiedenen Formen aussprechen [vgl. z. B. §§. 967. 982. 1111 a. b. G. B.], von denen die eine sprachlich auf eine Präclusiv-, die andere sprachlich auf eine Verjährungsfrist schließen läßt. Es geht daher auch nicht an, für das österr. Recht mit Rücksicht auf die

III. In den Fällen der eigentlichen Ersitzung (Nr. I) ist die Erwerbung des Rechts durch fortgesetzte Thätigkeit des Erwerbenden das Primäre und der Verlust des Rechts auf Seite des bisherigen Berechtigten das Secundäre, die Folge jenes Ereignisses; in den Fällen der eigentlichen Verjährung (Nr. II) tritt zwar zunächst der Verlust des Rechts hervor, aber was der Verjährende durch diesen Verlust erwirbt, ist nicht ein materielles Privatrecht, sondern nur die Entbindung von einer Schuldverbindlichkeit oder die Befreiung von einer das Eigenthum beschränkenden Last. Es läßt sich aber auch eine solche Auffassung der Verjährung denken, wonach die in der Nichtgeltendmachung des rechtlichen Anspruchs hervortretende Unthätigkeit des Berechtigten das Primäre und die Voraussetzung für die Erwerbung eines materiellen Rechts auf Seiten des Gegners ist, so daß der Erwerb des neuen Rechts als die Folge des Verlusts desselben in der Person des bisher Berechtigten, somit als das Secundäre erscheint. Nach dieser Auffassung ist der Untergang des Rechts durch Nichtausübung die Voraussetzung für den Erwerb

---

sprachlichen Verschiedenheiten [vgl. z. B. §. 933 einerseits und §. 1487 a. b. G. B. andererseits] eine doppelte Klagverjährung [etwa analog der älteren und neueren römischen Klagverjährung] zu unterscheiden. [Nur in dem eigenthümlichen Fall des §. 936 a. b. G. B. ist für die Klage eine wahre Präclusivfrist vorhanden.] Bei diesem Umstand ist das so eben angegebene Realkriterium wohl das sicherste.) — Von selbst aber versteht es sich, daß die Frage, ob man es mit einer Verjährung zu thun habe, gar nicht entstehen kann, wenn es sich gar nicht um eine Nichtausübung des Inhalts jenes Rechts handelt, welches mit Ablauf einer gewissen Zeit erlischt: so kann z. B. im Fall des §. 384 a. b. G. B. gar nicht die Frage aufgeworfen werden, ob ein Verjährungsfall vorliege, da im „Nichtverfolgen (d. h. im Nichtauffsuchen, Nichtnachjagen) des Bienenschwarms" nicht eine Nichtausübung des Eigenthumsrechts zu sehen ist und die Frist von 42 Tagen nur der Termin ist, mit dessen Ablauf nach österr Recht angenommen wird, daß zahmgemachte Thiere den animus revertendi (l. 5 §. 5 D. de A. R. D.) abgelegt haben. Deßgleichen kann man in der Frist des §. 439 a. b. G. B. nicht eine Verjährungs-, sondern nur eine (prozessualische) Fallfrist sehen, da es sich ja hier nur um eine Frist zur wirksamen Einbringung einer Prozeßschrift handelt (das Nähere über diese vielbesprochene Frage im besondern Theil). Im Fall des §. 1367 a. b. G. B. endlich (vgl. hierüber Winiwarter Mater. §. 43 lit. b, Pachmann §. 16 Note 15) liegt gerade das Gegentheil einer Verjährung vor; der unversicherte Bürgschaftsvertrag erlischt drei Jahre nach dem Tod des Bürgen (vgl. nunmehr auch Platner Die Bürgschaft 1857 §. 12), diese Erlöschung kann aber durch Einmahnung des Erben abgewendet werden: es ist hier also nicht ein Fall vorhanden, wo ein zeitlich unbeschränktes Recht wegen Unthätigkeit des Berechtigten verloren geht, sondern ein Fall, wo ein zeitlich begrenztes Recht durch Thätigkeit des Berechtigten über diese zeitliche Grenze hinaus erhalten werden kann.

desselben in der Person des Gegners, während nach der andern Auffassung (Nr. I) gerade umgekehrt der Erwerb des Rechts in der Person des Einen den Verlust desselben in der Person des Andern nach sich zieht; nach dieser Auffassung erscheint die Verjährung zunächst als eine s. g. aufhebende, erlöschende, obwohl auf Seiten des Gegners der Erwerb eines Rechts stattfindet, während umgekehrt nach der andern Auffassung (Nr. I) das Moment des Erwerbs in den Vordergrund tritt und die Verjährung zunächst als eine s. g. erwerbende erscheint, obgleich auch hier der Verlust eines Rechts stattfindet; nach dieser Auffassung erscheint der Erwerb des Rechts zunächst als die Folge der Unthätigkeit des bisher Berechtigten, während nach der andern Auffassung (Nr. I) der Verlust des Rechts zunächst als die Folge der Fortdauer eines Zustands in der Person des Erwerbenden erscheint. Die hier besprochene Auffassung ist die des deutschen Rechts. Das deutsche Recht kennt zunächst nur eine Extinctivverjährung [80]. Der Berechtigte, welcher binnen einer gewissen Zeit (in der Regel binnen Jahr und Tag) geschwiegen [81], das heißt seinen rechtlichen Anspruch nicht geltend gemacht hat, hat sich dadurch seines Rechts verschwiegen [82], sich an demselben versäumt [83], verjährt, das heißt er ist desselben verlustig geworden, so daß sein Gegner gegen alle künftigen Ansprüche sicher wird und einen Zustand erlangt, der nicht mehr angefochten werden darf [84].

---

80) Über die Verjährung des deutschen Rechts vgl. Unterholzner Verjährungslehre I (1828) §§. 21. 22, Albrecht Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (1828) §§. 13. 14, Gerber System §. 66.

81) Die Ausdrücke „schweigen" „nicht widersprechen" kommen in den Quellen überaus häufig vor; s. die zahlreichen Stellen bei den in der vorigen Note angeführten Schriftstellern.

82) „Sik verswigen" ist der technische Ausdruck für „durch Schweigen sein Recht verlieren" vgl. jetzt auch Homeyer Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis (1857) Glossar s. h. v.

83) Auch dieß ist ein technischer Ausdruck vgl. z. B. Klein. Kaiserr. II 87 (unten Note 88).

84) Es heißt in den Quellen von einem solchen, der sich seines Rechts verschwiegen hat, er müsse nun immer schweigen (vgl. z. B. Saalfeld. Statut. [bei Walch Beiträge zum deutschen Recht I 24] §. 38 „swiget sie jar unde tag, si muz immer swigen"), sein Gegner solle nun „one alle ansprach" „one allen widerspruch" bleiben, er solle „mit rue sitzen" u. dgl. vgl. die Stellen bei Unterholzner I §. 22 Noten 73. 74. 82. 83. 85. 86. 87. 94. 95 und bei Albrecht S. 101. 102.

Diese Verschweigung[85], welche jedoch nur unter der Voraussetzung der Publicität jener Momente, die für den Berechtigten die Veranlassung zur Geltendmachung seines Rechts sind[86], oder im Fall der gerichtlichen Aufforderung des Berechtigten zur Geltendmachung seines Rechts eintrat[87], fand im deutschen Recht eine sehr mannigfache und überaus wichtige Anwendung[88], und hatte in manchen Fällen[89] nicht nur den Verlust des Rechts für den bisher Berechtigten, sondern auch den Erwerb eines materiellen Rechts auf der entgegengesetzten Seite zur Folge, so daß die Verjährung, die zunächst als eine extinctive erschien, in diesen Fällen (unter gewissen Voraussetzungen) zugleich die Wirkungen einer Acquisitivverjährung hatte: immer aber erschien der Erwerb durch Verjährung als eine Folge dessen, daß der bisher Berechtigte während der bestimmten Zeit geschwiegen und sich dadurch seines Rechts verschwiegen hat[90]. Obwohl nun mit der Reception des römischen Rechts in Deutschland die Grundsätze des deutschen Rechts über die Verschweigung größ-

85) Über die Verschweigung s. insbesondere die interessanten Ausführungen von Platner Über die historische Entwicklung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts Bd II (1854) §§. 15. 16.

86) Über dieses Princip der Publicität vgl. Albrecht S. 104. 105. 122. 123, Platner S. 216 fg. 230 fg. 238, Göschen Goslar. Statut. S. 191; s. auch unten Note 94.

87) Vgl. z. B. Breslauische G. O. 1591 Art. 34 (Unterholzner I §. 22 Note 73 a. E.) und Platner S. 231. 233. 234.

88) Eine Aufzählung der zahlreichen Fälle, in welchen eine Verschweigung (binnen Jahr und Tag) stattfand, s. bei Unterholzner I §. 22 II §§. 250. 251, Platner II §§. 15. 16, Albrecht §§. 13. 14, Göschen Das sächs. Landr. (1853) Einleit. S. XXVII; in Ansehung von Forderungen aus Verträgen, welche auf fahrende Habe gehen, fand jedoch keine Verschweigung statt, der Gläubiger mochte noch so lange Zeit hindurch die Forderung nicht eingeklagt haben; Kaiserr. II 87 (Der dem andern ist farnde gut schuldig, der mag der ansprach beiten, wie lange er wil, da an mag er sich nit versumen) vgl. Albrecht S. 121, Platner S. 238 fg.

89) Der wichtigste hierher gehörige Fall ist der der rechten Gewere an Immobilien; vgl. hierüber die trefflichen Ausführungen von Albrecht Gewere §. 13 (vgl. auch Unterholzner I S. 72—80, Göschen Goslar. Statuten S. 201 fg., Walter D. R. G. 2. Auflage §. 534). Allein „die rechte Gewere, welche voraussetzt, daß der Berechtigte Jahr und Tag schweigt, steht", wie Platner S. 216 mit Recht bemerkt, „nicht für sich allein da, sondern sie ist ein Glied eines vielgliedrigen aber zusammenhängenden Ganzen."

90) Vgl. Walter D. R. G. (2. Aufl.) §. 548, Gerber System §. 101.

tentheils verdrängt wurden[91], und die Bestimmungen des römischen Rechts nicht nur in Ansehung der Verjährungszeit[92] sondern auch in Betreff der Unterscheidung zwischen Ersitzung und eigentlicher Verjährung zur Herrschaft kamen, so haben sich doch particularrechtlich wichtige Anwendungen der deutschrechtlichen Auffassung der Verjährung erhalten und sind auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangen. Auch nach österreichischem Recht gibt es solche Fälle, in welchen die erlöschende Verjährung die Wirkung der erwerbenden hat, und die Acquisition eines neuen Rechts die Folge eines Verlusts desselben durch Versäumniß (Verschweigung) auf Seite des bisher Berechtigten ist. Diese Fälle, für welche nur durch die Anknüpfung an die Grundsätze des deutschen Rechts über die Verschweigung der historische Zusammenhang und die dogmatische Grundlage gefunden werden kann, sind folgende:

1) Die Erwerbung des Eigenthums an der gefundenen Sache durch den Finder (§. 392 a. b. G. B. „— nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht“). Das deutsche Recht[93] bestimmt, daß der Finder die gefundene Sache öffentlich bekannt machen „aufbieten“ müsse[94]: meldet

---

91) Vgl. hierüber Unterholzner I §. 23.

92) So hat man z. B. sogar bei dem nur dem deutschen Recht angehörigen Institut des Näherrechts (Einstandsrechts, Rechts des Näherkaufs) an die Stelle der Verschweigung binnen Jahr und Tag (vgl. Unterholzner II §. 251, Platner S. 222) die dreißigjährige Verjährung setzen wollen (vgl. Unterholzner I S. 91 II S. 290 Note 712), und diese romanisirende Bestimmung ist, während sich gemeinrechtlich das deutsche Recht in dieser Beziehung gegen das römische Recht behauptet hat (vgl. Unterholzner II §. 251, Gerber System §. 176, Walter D. P. R. §. 392), in unpassender Weise in's österr. Gesetzbuch (§. 1079 vgl. mit §. 1479) übergegangen.

93) Sachsensp. II 37 Richtsteig Landr. (ed. Homeyer) 12, Schwabensp. ed. Laßb. c. 347 vgl. Sachsensp. II 29 Richtst. 15. 17 Görlitz. Landr. 47 Kaiserr. II 40. 41. Über die Grundsätze des deutschen Rechts über das Finden vgl. Unterholzner I §. 22 Nr. 7, Albrecht S. 122 fg., Platner S. 230 fg. vgl. auch Weiske Grundsätze des deutschen Privatrechts nach dem Sachsensp. (1826) §. 26, Walter D. R. G. §. 543 und Unger Der sächs. Entwurf S. 178 fg. — Über die Grundsätze des römischen Rechts vom Finden (welche gleichwie die Grundsätze des österr. Rechts von Bornemann II S. 13 unrichtig dargestellt sind) vgl. W. Sell Versuche im Gebiet des Civilr. Bd I Abh. III §§. 10. 12 IV §. 6 (Unger a. a. O. S. 181).

94) Hätte der Finder den Fund nicht bekannt gemacht sondern ihn verheimlicht, so wird er als Dieb behandelt vgl. die in der vorigen Note und die bei Walter

sich der Eigenthümer innerhalb einer gewissen Frist nicht[95], so hat er sich seines Rechts verschwiegen und das Eigenthum der gefundenen Sache geht (zum Theil) auf den Finder (zum Theil auf den Richter[96]) über. In gleicher Weise verhält es sich nach heutigem[97] österreichischen Recht[98]: ist der Fund öffentlich bekannt gemacht worden (§. 389 fg. §. 393 a. b. G. B.) und hat sich der Eigenthümer (oder der vorige Inhaber in dessen Namen §. 391 a. b. G. B.) innerhalb „der Verjährungszeit" (§. 392 a. b. G. B.)[99] nicht gemeldet, so hat er sich hierdurch an seinem Recht verschwiegen und das Eigenthum geht auf den Finder über, so daß hier die erlöschende

---

D. R. G. §. 539 Note 3 angef. Stellen, sowie Ofner Stadtr. a. 263 (Unger S. 179); vgl. §. 393 a. b. G. B. — Im „Aufbieten", in der öffentlichen Aufforderung an den unbekannten Eigenthümer, sich zu seinem Eigenthum zu melden (vgl. hierüber Albrecht S. 123, Platner S. 231. 232), liegt das Moment der Publicität.

95) Diese Frist beträgt regelmäßig sechs Wochen und drei Tage, jedoch Jahr und Tag, wenn die Sache in die Hände des Richters gekommen ist Sachs. II 31 §§. 1. 2; nach dem Schwabensp. 347 b beträgt die Frist bereits drei Jahre, also so viel als (in der Regel) nach heutigem österr. Recht vgl. Note 99.

96) Nach sächs. Recht erhält der Richter (Fiscus) zwei Drittel, der Finder ein Drittel Sachs. II 37 §. 3; nach dem Schwabensp. ed. Schilter c. 336. 337 erhält der Finder den vierten Theil.

97) Anders stand es nach dem westgal. Gesetzb. II §. 121 („Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von Niemanden mit Recht angesprochen, so wird der Finder in den rechtmäßigen Besitz gesetzt und erlangt gleich einem andern rechtmäßigen Besitzer in der gesetzmäßigen Zeit das Eigenthumsrecht" vgl. hierüber Graßl im Magaz. Bd VII Nr. IV S. 86 fg. „Über die Erwerbung des Eigenthums einer gefundenen Sache durch den Finder" Nr. II): hiernach wurde der Finder nach Ablauf der Jahresfrist „in den rechtmäßigen Besitz gesetzt", so daß also gleichsam eine missio in possessionem mit der Wirkung des Usucapionsbesitzes stattfand, also in der Erwerbung des Eigenthums durch den Finder recht eigentlich ein Ersitzungsfall lag. Diese Auffassung wurde im bürgerlichen Gesetzbuch v. Jahr 1811 verlassen vgl. hierüber Graßl a. a. O.

98) Über das preußische Recht (I 9 §. 19 fg.) vgl. Bornemann II S. 13 fg. und die kritische Erörterung in Gans' Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung (1830) S. 18 fg.; über das französische Recht Unger a. a. O. S. 181.

99) Die unter unsern Schriftstellern sehr bestrittene Frage (vgl. hierüber Graßl in der angef. Abh.), welches Zeitmaß unter der „Verjährungszeit" zu verstehen und von welchem Moment an der Lauf dieser Frist zu zählen sei, ist, von dem hier eingenommenen Standpunkt aus, dahin zu beantworten, daß die Frist drei (§. 1466 a. b. G. B.) oder sechs Jahre (§. 1472 a. b. G. B.) betrage (übereinstimmend Graßl S. 98 fg. und Stubenrauch I S. 772, der aber irrthümlich §. 1477 statt §. 1472 a. b. G. B. citirt), und daß sie vom Tag der vollendeten Kundmachung des Fundes an zu berechnen sei (a. A. Graßl S. 105. 106

Verjährung ausnahmsweise die Wirkung der erwerbenden hat[100], und in diesem viel besprochenen[101] Erwerbungsfall des Eigenthums eine Anwendung der deutschrechtlichen Grundsätze über die Verschweigung zu sehen ist.

2) Die Erwerbung des Eigenthums an dem durch die Gewalt des Flusses abgerissenen, an unser Ufer gelegten (avulsum) merklichen Erdtheil (incrementum patens): „der vorige Besitzer verliert sein Eigenthumsrecht darauf nur in dem Fall, wenn er es in einer Jahresfrist nicht ausübt“ (§. 412 a. b. G. B.[102]): die Folge dieser „Nichtausübung“ ist die Verschweigung des vorigen Eigenthümers an seinem Recht und die sofort und ohne weiters[103] in Folge dessen stattfindende Erwerbung des Eigenthums an dem angelegten Erdtheil durch den Eigenthümer des Uferlandes, so daß also auch hier die Nichtausübung des Rechts den Erwerb desselben auf der entgegengesetzten Seite zur Folge hat[104].

---

und Stubenrauch I S. 773): die Begründung und Ausführung dieser Sätze im besondern Theil.

100) Dieß hat auch Zeiller angedeutet, indem er sagt (Comment. II S. 175): „wenn der Eigenthümer durch die ganze Verjährungszeit sich nicht gemeldet hat, so verliert er sein Recht und es geht auf den Finder über —.“

101) Die verschiedenen von den österr. Schriftstellern gemachten Constructionsversuche dieser Erwerbungsart des Eigenthums (eigentlicher Ersitzungsfall, Erstinctivverjährung im eigentlichen Sinn, Occupation) sind dargestellt und widerlegt von Graßl in der angef. gründlichen Abhandl.; Graßl selbst (dem Stubenrauch I S. 772 folgt) sieht hiere in eine ganz eigenthümliche Erwerbungsart des Eigenthums, die sich unter keine von allen andern gesetzlichen Erwerbungsarten subsumiren lasse, „ein Analogon der Ersitzung“ (S. 98).

102) Über diesen §. 412 a. b. G. B. und dessen Verhältniß zu vorausgegangenen und nachfolgenden Gesetzgebungen vgl. Unger Der sächsische Entwurf S. 163. 164.

103) Es bedarf also mit Recht nicht, wie nach preuß. (A. L. R. I 9 §. 224) und französischem Recht (Code civil a. 559), noch einer besondern Besitzergreifung von Seiten des Eigenthümers des Uferlandes vgl. Unger S. 164, Stubenrauch I S. 794.

104) Von einem ganz andern Princip geht bekanntlich das röm. Recht bei dieser Eigenthumserwerbung aus l. 7 § 2 D. de A. R. D. (41, 1) §. 21 I. de R. D. (2, 1). Die Bestimmung des österr. Rechts entspricht den deutschrechtlichen Grundsätzen über die Verschweigung (vgl. z. B. auch den bei Unterholzner I §. 22 Nr. 4 erwähnten Fall), obgleich sich, so viel ich weiß, gerade dieser specielle Fall in den deutschen Quellen nicht erwähnt findet: hieraus ergibt sich aber auch von selbst, wie unpassend die Stellung der Vorschriften über das Finden verlorner Sachen im Hauptstück „von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung“ ist; vgl. über diese Stellung auch Graßl S. 97. 98 (und s. auch in dieser Beziehung die scharfe Kritik von Gans über das verwandte preußische Recht).

3) Der wichtigste hierher gehörige Fall ist der der s. g. **Tabularersitzung** (§. 1467 fg. a. b. G. B.). Der in die öffentlichen Bücher Eingetragene erwirbt das intabulirte Recht, wenn der zur Erhebung des Widerspruchs Berechtigte eine gewisse Zeit hindurch unterlassen hat, denselben geltend zu machen. Auch in diesem Fall, welcher mit dem der „rechten Gewere" (Note 89) eine vielseitige und fruchtbare Ähnlichkeit hat[105], ist der Erwerb des intabulirten Rechts die Folge dessen, daß sich der zum Widerspruch Berechtigte an seinem Recht verschwiegen, versäumt hat: der Eingetragene erwirbt „das volle Recht" (§. 1467 a. b. G. B. die rechte Gewere) „gegen allen Widerspruch"[106], wenn er eine gewisse Zeit hindurch in den öffentlichen Büchern ohne Einsprache („ohne Widersprache"[107]) gestanden hat. Wenn man hier dennoch von einer Ersitzung spricht (§. 1467 fg.

---

105) Bekanntlich mußte die Gewere, um zur „rechten" werden zu können, einen besonders qualificirten Anfang haben (vgl. hierüber **Albrecht** S. 104 fg.); das regelmäßige und wichtigste Requisit war die gerichtliche Auflassung des Grundstücks; späterhin trat bekanntlich an die Stelle der gerichtlichen Auflassung die Eintragung in das öffentliche Buch (Stadtbuch, Erbebuch u. s. f. vgl. **Walter** D. R. G. §§. 546. 547, **Gerber** System §. 89) und nunmehr galt der Grundsatz, daß wer gegen eine Eintragung in das Buch Einwendungen vorbringen wellte, dieß bei sonstiger Verschweigung binnen Jahr und Tag thun mußte (vgl. **Unterholzner** I §. 22 Nr. VI). Dieser Grundsatz ist der des österr. Rechts, wo öffentliche Bücher bestehen, nur daß an die Stelle der Frist von Jahr und Tag eine dreijährige getreten ist (§. 1467 fg. a. b. G. B.). Auch das Erforderniß der justa causa und der bona fides (§. 1460 fg. a. b. G. B.) zur Begründung der rechten Gewere scheint dem deutschen Recht nicht fremd gewesen zu sein (**Albrecht** S. 105, **Unterholzner** I S. 78. 79 und Note 81 a. E.). (Im Zusammenhang mit der Erwerbung der rechten Gewere steht es, daß der Verkäufer der Sache dieselbe nicht länger als Jahr und Tag zu geweren braucht Sachsensp. III 83 §. 2 II 42 §. 2 vgl. **Albrecht** Note 208a, **Walter** D. R. G. §. 534: dieß erinnert lebhaft an die alte auctoritatis obligatio des Mancipanten, welche mit Ablauf eines annus [oder biennium] als der Usucapionszeit erlosch (vgl. **Huschke** Recht des Nexum S. 179 fg.)

106) Dieser Ausdruck des Gesetzbuchs ist bezeichnend und weiset deutlich genug auf den wahren Gesichtspunkt hin (vgl. auch Hofdecret 29. August 1818 §. 4); ebenso hieß es im deutschen Recht von demjenigen, der die rechte Gewere erlangt hatte, er solle sein Eigen nunmehr „ane alle ansprache haben" (Bair. Landr. 151) er solle „es fürbas geruhlich haben" (Augsb. Stat. 341), er solle „mit rue syzen on alle ansprach" (Bair. Landr. von 1518 Tit. 123 Art. 8), es solle ihm die Gewer nicht mehr gebrochen werden u. s. f. (vgl. Note 84).

107) Sachs. (ed. Homeyer) II 44 §. 1 Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach **ane rechte wedersprake**, die hevet dar an ene rechte gewere. Richtst. Landr. (ed. Homeyer) c. 27 §. 2. Über die „Widersprache", welche das Entstehen

a. b. G. B.), so hängt dieß damit zusammen, daß auch in Ansehung der öffentlichen Bücher von einem Besitz, dem s. g. Tabularbesitz, gesprochen wird (§§. 321. 322. 350 a. b. G. B.), und das Verhältniß dann so aufgefaßt wird, daß der Intabulirte (der s. g. Tabularbesitzer) durch den eine gewisse Zeit fortgesetzten Besitz (Tabularbesitz) „das volle Recht ersitzt" (§. 1467 a. b. G. B.). Allein so wenig der s. g. Tabularbesitz ein eigentlicher Besitz ist, so wenig ist die s. g. Tabularersitzung eine Ersitzung im römisch-rechtlichen Sinn (Nr. I): wie man den wichtige rechtliche Wirkungen hervorbringenden Zustand des Eingetragenseins in die öffentlichen Bücher Besitz (Tabularbesitz) nennt[108], so nennt man die Erwerbung des eingetragenen Rechts durch den Umstand, daß gegen das Eingetragensein binnen gesetzlich bestimmter Zeit von keiner Seite Einsprache erhoben wurde[109], Ersitzung (Tabularersitzung), obwohl hier nur von einer Ersitzung im deutsch-rechtlichen Sinn, das heißt von einer Acquisitivverjährung, welche die Wirkung der Extinctivverjährung ist, die Rede sein kann.

IV. Das Resultat dieser ganzen Untersuchung besteht darin, daß auch nach österreichischem Recht die Verjährung nicht als Ein zusammenhängendes Rechtsinstitut betrachtet werden kann, sondern daß sie

---

der rechten Gewere unterbricht, vgl. Albrecht S. 110, Göschen Gosl. Statut. S. 203.

108) Dieß ist wohl die einfache Lösung des so vielbesprochenen Räthsels des Tabularbesitzes. Der Besitz ist überhaupt ein besonders qualificirter factischer Zustand, der gewisse rechtliche Wirkungen hervorbringt: bei dem s. g. Tabularbesitz besteht die Qualification in dem Eingetragensein in die öffentlichen Bücher, und dieser factische Zustand zieht wichtige rechtliche Folgen nach sich (vgl. §. 322 a. b. G. B.). Von diesem Standpunkt aus lösen sich alle Fragen mit Leichtigkeit und von einer begrifflichen Collision des Tabularbesitzes mit dem s. g. Naturalbesitz kann selbstverständlich nicht weiter die Rede sein: beide bestehen mit eigenthümlichen Wirkungen nebeneinander. Die Begründung, Rechtfertigung und Durchführung dieser Ansicht ist besonderen Ausführungen vorzubehalten.

109) Hieraus ergibt sich auch, daß zur Ersitzung im Fall des §. 1467 a. b. G. B. der s. g. Tabularbesitz genüge und nicht erforderlich sei, daß der Eingetragene zugleich den s. g Naturalbesitz habe (vgl. Winiwarter V S. 178); nach älterem deutschen Recht dagegen war zur Erwerbung der rechten Gewere überdieß erforderlich, daß der Erwerbende von der Zeit der gerichtlichen Auflassung an Jahr und Tag die Sache körperlich besessen habe (Sachs. I 34, vgl. Albrecht S. 111 fg., Göschen Goslar. Statut. S. 203 fg.), späterhin aber scheint dieses Erforderniß hinweggefallen und die Zeit von Jahr und Tag unmittelbar von der Auflassung ohne Rücksicht auf die factische Gewere des Erwerbers berechnet worden zu sein, vgl. Albrecht a. a. O.

bei den verschiedenen Rechten in verschiedenartiger Gestalt — als Ersitzung, Verjährung durch Nichtgebrauch, Klagverjährung, deutschrechtliche Verschweigung — und weitaus nicht bei allen Rechten vorkommt.

II. Zeiteintheilung[1].

§. 105. Die Zeit wird in Abschnitte getheilt; diese Zeitabschnitte heißen Zeittheile, insofern sie ohne Rücksicht auf die kleineren Theile, aus denen sie bestehen, als Einheiten genommen werden, Zeiträume, insofern sie als Summen kleinerer Zeittheile aufgefaßt werden[2]. Die wesentlichen Zeitabschnitte sind der Tag, die Woche, der Monat, das Jahr. Eine feststehende Eintheilung der Zeit nach diesen Abschnitten gibt der Kalender[3]. Die Zeitabschnitte können so genommen werden, wie sie der Kalender gibt, mit festem Anfangs- und Endpunkt (unbewegliche Zeit, Kalenderzeit), also der Tag von einer Mitternacht bis zur andern (Kalendertag, dies civilis[4]), die Woche vom Sonntag bis zum Ende des Sonnabend (Kalenderwoche[5]), der Monat vom ersten bis zum letzten Tag des bestimmten Monats (Kalendermonat, mensis civilis[6]) und das

---

1) Von älteren Schriftstellern vgl. Gmelin Über Zeit und Zeitberechnung nach röm. Rechtsprincipien, im kritischen Archiv der neuesten juridischen Literatur und Rechtspflege in Teutschland von Danz, Gmelin und Tafinger Bd I S. 577—630, Glück Bd III §. 269 c; von neueren Reinfelder Der annus civilis des röm. Rechts (1829), Savigny System IV §§. 179—181. — Winiwarter Die Zeitrechnung in der Anwendung auf Rechtsverhältnisse in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1842. II Nr. L (S. 321—333).

2) Vgl. Puchta Vorles. I S. 166.

3) Über den Kalender, insbesondere über den Julianischen (709 a. u.) und den Gregorianischen (1581) und die Einführung des letzteren in Deutschland, vgl. Gmelin a. a. O. S. 588 fg. 756 fg. Savigny §. 179.

4) l. 8 D. de fer. (2, 12) More Romano (und ebenso nostro vgl. A. L. R. I 3 §. 45) dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur —. Vgl. Savigny S. 325. 326, Gmelin §. 4, Glück S. 583 fg. Auch die Römer rechneten wie wir den Tag zu 24 Stunden (Savigny S. 332. 333), aber sie zählten 12 Stunden des Tags von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis cf. l. 2 §. 1 D. de V. S., Gmelin §. 6) und 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis), so daß hora sexta diei Mittag, hora sexta noctis Mitternacht bedeutet.

5) Vgl. Savigny S. 333—335.

6) Vgl. Savigny S. 327—332, Gmelin §. 10.

Jahr vom ersten Jänner bis zum letzten December (Kalenderjahr, annus civilis [7]). Bei Rechtsverhältnissen aber kommen die Zeitabschnitte gewöhnlich nicht so wie sie der Kalender gibt, sondern mit einem wandelbaren Anfangs- und Endpunkt in Betracht (bewegliche Zeit), also der Tag, die Woche, der Monat, das Jahr von einem gewissen zufälligen Zeitpunkt an (Zeittag, Zeitwoche, Zeitmonat, Zeitjahr, natürlicher Tag u. s. f.). In dieser letzteren Beziehung entsteht nun die Frage, welchen Zeitraum einer jener Zeitabschnitte umfasse, wenn er als beweglicher (natürlicher) auftritt: diese Frage löst §. 902 des Gesetzbuchs [8]. Hiernach ist der bewegliche (natürliche) Tag als ein Zeitraum von 24 Stunden [8a], die bewegliche (natürliche) Woche (Zeitwoche) als ein Zeitraum von 7 Tagen [9], der bewegliche (natürliche) Monat (Zeitmonat) als ein Zeitraum von 30 Tagen, und das bewegliche (natürliche) Jahr (Zeitjahr, als ein Zeitraum von 365 Tagen mit willkürlichem Anfangspunkt anzusehen [10]. Was die Berechnung des Zeitmonats betrifft, so hat

---

7) Vgl. Savigny S. 326. 327, Gmelin §. 11.

8) Dieser §. 902, welcher wörtlich aus dem westgal. Gesetzb. (III §. 39) herübergenommen wurde, bestimmt daß „nach dem Gesetz 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monat, 365 Tage für ein Jahr gehalten werden." Diese Textirung ist eben nicht eine glückliche zu nennen: es handelt sich ja nicht darum zu wissen, daß 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monat, 365 Tage für ein Jahr gehalten werden, sondern umgekehrt darum, daß ein Tag für 24 Stunden, ein Monat für 30 Tage, ein Jahr für 365 Tage gehalten wird, daß also 24 Stunden einen Tag, 30 Tage einen Monat, 365 Tage ein Jahr ausmachen.

8a) Eine nach Tagen bestimmte Frist findet sich im Gesetzbuch in den §§. 82. 201. 384. 389. 439. 967. 982. 1075. 1082. 1084. 1116. 1141. 1290. 1321. In manchen Fällen ist unter Tag ein anderer Zeitraum zu verstehen, wie z. B. wenn von einem Arbeitstag die Rede ist.

9) Hier hat man also nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag zu achten, um zu erkennen, daß die Woche abgelaufen sei (vgl. W. O. Art. 32 Nr. 2; hier, aber auch nur hier d. h. bei Wochen wird ex nominatione dierum nach der Tagsbenennung gerechnet: es ist daher das Beispiel, das Haimerl Anleitung zum Studium des Wechselrechts 1855 S. 131 a. E. gibt, wohl unrichtig gestellt). Eine nach Wochen bestimmte Frist findet sich z. B. in §. 72 a. b. G. B.

10) l. 4 §. 5 D. de statulib. (40, 7) Stichus, si heredi meo anno servierit, liber esto. Quaerendum est, annus quomodo accipi debeat: an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet, an quibuslibet? Sed superius magis intelligendum Pomponius scribit. l. 51 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2) l. 134 D. de V. S. — Ist in einem Rechtsgeschäft die Frist nach einem Jahresbruchtheil (halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt, so ist sie auf die entsprechende Anzahl von Monaten zu reduciren und dann so zu berechnen, wie sonst (vgl. Note 12)

sich das bürgerliche Gesetzbuch jener Ansicht angeschlossen, welche man in älterer und in neuerer Zeit schon im römischen Recht begründet finden wollte[11]: wie dem nun in dieser letzteren Beziehung immer sein mag, so viel steht fest, daß man im gemeinen Leben Termine, welche nach Monaten bestimmt sind, nach den entsprechenden Kalendertagen zu berechnen pflegt, daß man also den Monat nicht zu 30 Tagen (ex numero dierum) anschlägt, sondern daß man den Termin von einem bestimmten Kalendertag an bis zu dem wiederkehrenden (gleichnummerigen) Kalendertag des Monats rechnet, in welchem der Termin ablaufen soll[12].

Monate zu berechnen sind; vgl. auch W. O. Art. 32 Nr. 2. (In eigenthümlicher Weise wird das halbe Jahr bei Wohnungsmiethen nach manchen Ausziehpatenten berechnet, vgl. z. B. Hofcanzleidecret 28. April 1811, Michel II Nr. 1309.) Über die Berechnung des Schalttags s. folg. §. A Nr. III.

11) Schon die älteren Juristen (z. B. Gmelin §. 10, Glück III S. 532, Thibaut I §. 96) meinten, daß wenn eine Zeitfrist nach Monaten bemessen werde, der (Zeit-) Monat zu 30 Tagen zu berechnen sei; diese Ansicht ist in neuester Zeit insbesondere von Savigny S. 337 fg. (jedoch mit Unterscheidung von gesetzlichen und gewillkürten Fristbestimmungen S. 341 fg. vgl. Note 15) vertheidigt worden, dem sich hierin Puchta §. 74 Note d §. 75 Note e Vorles. I S. 166 —168, Arndts §. 88, Vangerow I §. 194 Anm., Böcking §. 121 §. g, Beseler System I §. 51 Nr. II u. A. angeschlossen haben; allein vgl. dagegen die tüchtigen Ausführungen von Bachofen in der Gießen. Zeitschr. XVIII S. 350 fg. (dem auch Wächter §. 121 Note 6 beistimmt), der in überzeugender Weise nachgewiesen hat, daß die römischen Quellen nirgends eine bestimmte Anzahl von Tagen für die Berechnung des Monats festsetzen (S. 362 fg.), und seinerseits die Behauptung zu begründen versucht (S. 364 fg.), daß schon die Römer den Monat nicht nach einer bestimmten Anzahl von Tagen (ex numero dierum), sondern von dem Kalendertag, mit welchem die Frist beginnt, bis zum gleichnamigen Tag des betreffenden Monats (ex nominatione dierum) gerechnet haben. Über die Ansichten Anderer (z. B. von Thibaut Pand. §. 96 und besonders Schrader's Civil. Abh. S. 193 fg.) wie der Monat zu berechnen sei, vgl. Vangerow und Wächter a. d. a. O.

12) Hiernach wird der Ablauf einer Monatsfrist an demjenigen Tag angenommen, dessen Zahl (Nummer) der Zahl des Anfangstags entspricht; so ist z. B. eine Frist von drei Monaten, die am 1. Jänner beginnt, am 1. April, eine gleichlange Frist, die am 19. März beginnt, am 19. Juni abgelaufen u. s. f. — Wenn in einem solchen Fall der Anfang des Zeitraums auf einen der letzten Monatstage fällt, derjenige Monat aber, in welchem der Zeitraum abläuft, nicht so viele Tage hat, so ist hier als Endpunkt der letzte Tag dieses letzteren Monats anzunehmen vgl. Savigny S. 343. 344, W. O. Art. 32 Nr. 2, A. L. R. II 8 §. 856); so z. B. endet ein am 29. oder 30. oder 31. Jänner beginnender Zeitmonat mit dem 28. Februar eines Gemeinjahrs. — Setzen die Parteien einen „halben Monat" fest, so muß diese Frist natürlich nach Tagen bestimmt werden und ist dann ohne Unterschied der individuellen Monatslänge ein Zeitraum von 15 Tagen zu verstehen (vgl. W. O.

In dieser Weise, also nach den entsprechenden Monatstagen (vgl. Note 12) wird man wohl auch nach österreichischem Recht die in Rechtsgeschäften[13] (und die vom Richter[13a]) bestimmten Fristen zu berechnen haben, da es ja hierbei nur darauf ankommen kann, dasjenige gelten zu lassen, was der Intention der Verfügenden gemäß ist, und es ist, worauf schon der Wortlaut des §. 902 a. b. G. B. hinweist[14], die Berechnung des Monats zu 30 Tagen nur in jenen

Art. 32 a. E.). — Hin und wieder versteht man unter einem Monat eine Frist von vier Wochen: es müßte jedoch ausdrücklich festgesetzt sein, daß der Monat in dieser Weise zu berechnen sei (vgl. z. B. Reichsabsch. von 1548 §. 53, Savigny §. 181 Note t), um im concreten Fall einen solchen Zeitraum darunter zu verstehen.

13) Dem entspricht denn auch in der That das tägliche Leben; wer vom 1. Februar oder vom 1. December an ein Quartier auf einen Monat vermiethet oder miethet, der rechnet darauf, daß die Wohnungsmiethe mit dem Beginn des 1. März resp. des 1. Jänner beendet sei; wer am 15. Februar jemanden ein Darleihen auf einen Monat macht, der ist berechtigt, am 15. März das Geld zurückzufordern; wer am 21. Juni einen Vertrag schließt und sich die Leistung (z. B. die Lieferung von 10 Stück Actien oder die Vollendung einer Arbeit) „heute über einen Monat" versprechen läßt, der erwartet, daß ihm am 21. Juli die Leistung gemacht werde u. s. f. Diese gewiß sehr zweckmäßige und einfache Rechnung nach dem Datum hat denn auch die allgem. deutsche W. O. und ebenso die österr. Wechselordnung vom 25. Jänner 1850 Art. 32 festgesetzt; vgl. ebenso A. L. R. II 8 §. 855 und Code de commerce a. 132 (über diese letztere Stelle Savigny §. 181 Note v.)

13a) So hält es denn auch, so viel ich habe in Erfahrung bringen können, die Praxis in Österreich; über das gemeine Recht vgl. Bayer Vorträge §. 147 Nr. III.

14) Es gibt eine zweifache Weise den §. 902 a. b. G. B. (vgl. Note 8) aufzufassen. Man kann ihn einmal dahin verstehen, daß die Worte „nach dem Gesetz" eine Dispositivvorschrift bedeuten sollen (Bd I §. 9 Nr. I); dann ist freilich eine besondere Thätigkeit der Parteien erforderlich, um die Anwendung derselben in dem concreten Fall auszuschließen, das heißt es bedarf dann stets einer besondern Verabredung oder Festsetzung, daß der Monat nicht zu 30 Tagen, sondern nach dem Datum zu berechnen sei: in dieser Weise fassen unsere Schriftsteller in der Regel (so z. B. neuerlichst Stubenrauch III S. 77) den §. 902 auf. Allein man kann jenen § auch dahin verstehen, daß das „nach dem Gesetz" soviel bedeute als: in jenen Fällen, in denen das Gesetz eine Frist nach Tagen, Monaten oder Jahren bestimmt, und daß die Frage, was die Parteien bei Rechtsgeschäften unter einem Monat (oder Jahr oder Tag) verstehen, nach dem Herkommen (l. 31 §. 20 D. de aedil. edict. 21, 1), der Übung und Gepflogenheit (Bd I S. 38 fg.) zu entscheiden sei. Diese letztere Auffassung scheint mir die richtige; dieß ergibt sich schon daraus, daß §. 902 a. b. G. B. in seiner ersten Hälfte festsetzt, daß Verträge zu der Zeit vollzogen werden müssen, wie es die Parteien (ausdrücklich oder stillschweigend) verabredet haben, und dann im Gegensatz hierzu feststellt, was unter einem Tag, Monat, Jahr in jenen Fällen zu verstehen sei, wo das Gesetz, nicht die Parteien, Fristen festsetzt; auch wird es ja von unseren Schriftstellern mit Recht allgemein anerkannt, daß die Schlußbestimmung des §. 902 a. b. G. B. nicht bloß aushilfsweise und bei Verträgen, sondern

Fällen anzuwenden, wo das Gesetz eine Frist nach Monaten bestimmt[15] (§§. 73. 120. 134. 138. 155—159. 163. 239. 262. 599. 933. 1097. 1116 a. b. G. B.). In gleicher Weise ist dann, wenn die Parteien eine Frist nach Jahren bestimmen, das Jahr nach dem Datum (Kalenderjahr in diesem Sinn) nicht aber zu 365 Tagen zu berechnen[16], welche letztere Berechnung nur bei den im Gesetz bestimmten Jahreszeiträumen stattzufinden hat[17].

überall, wo das Gesetz eine Frist vorschreibt, zur Anwendung kommen müsse: hiermit verträgt sich aber die Auffassung jener Bestimmung als einer dispositiven (suppletorischen) nicht (vgl. auch Winiwarter IV S. 61, der jedoch den Grund so wie die Fälle der verschiedenen Berechnung des Monats nicht scharf hervorhebt).

15) Auf diese Weise würde nach österr. Recht dasselbe gelten, was nach der Ansicht Savigny's IV S. 337 fg. 341 fg., Puchta's Vorles. I S. 168, Arndts' §. 88 a. E. und Anm. 5 auch nach gemeinem Recht gilt (vgl. dagegen Vangerow §. 194 Anm. a. E., der auch bei Rechtsgeschäften und Prozeßfristen den Monat zu 30 Tagen berechnet wissen will, während Wächter §. 121 Nr. I auch dann, wenn die Gesetze eine Frist nach Monaten bestimmen, die Rechnung nach dem Datum gemacht haben will) und was ebenso nach preuß. Recht gilt (A. L. R. I 9 §. 550 vgl. Koch Preuß. Privatr. I §. 220). Für privatrechtliche Verhältnisse wäre es aber sicher am zweckmäßigsten, auch in den Fällen, wo das Gesetz eine Frist nach Monaten bestimmt, den Monat nach dem Datum zu berechnen, ihn also mit dem Beginn des Tages ablaufen zu lassen, dessen Nummer der Nummer des Anfangstags entspricht (Note 12), da die kleine Ungleichheit, die hier entsteht, durch die Leichtigkeit und Sicherheit der Berechnung bei weitem aufgewogen wird. (Diese allgemeine Berechnung des Monats nach dem Datum schreibt mit Recht der sächs. Entw. §. 104 vor.) (Anders verhält es sich bei Freiheitsstrafen, indem hier einige Tage Differenz von sehr erheblicher Bedeutung sind und nicht dem Zufall anheim gegeben werden dürfen. Es läßt sich daher wohl nicht rechtfertigen, wenn das Strafgesetz vom 27. Mai 1852 im Art. VIII des Kundmachungspatents die Anordnung des Hofdecrets vom 7. Mai 1819 adoptirt und implicite die Bestimmung trifft, daß der Monat nicht zu 30 Tagen, sondern nach dem Datum [Kalendermonat in diesem Sinn vgl. Savigny §. 181 Note v] zu berechnen sei: hiernach hat derjenige, dessen Strafzeit am ersten Tag eines Monats mit der Länge von 31 Tagen beginnt, länger im Gefängniß zu sitzen als derjenige, dessen einmonatliche Strafzeit z. B. am 1. November oder gar am 1. Februar beginnt. Wenn Hye Comment. I S. 128 hierzu bemerkt: „Das Gesetz wollte mit einer durchgreifenden, alle Deuteleien und Willkürlichkeiten in einzelnen Fällen abschneidenden positiven Vorschrift Gewißheit des Rechts und zugleich die erwünschte Einfachheit und leichte Übersichtlichkeit in den Strafregistern und Rechnungen herstellen, und mochte sich dabei durch die angeführten, im Ganzen wenig [?] erheblichen Unzukömmlichkeiten nicht irre machen lassen, die in einzelnen Fällen eintreten mögen" — so kann diese Motivirung wohl nicht für zureichend befunden werden, und darf wohl gefragt werden, ob die gewünschte „Gewißheit des Rechts" nicht auch dadurch hätte erreicht werden können, daß das Strafgesetz bestimmt hätte, der Monat sei zu 30 Tagen zu berechnen?)

16) Wenn z. B. eine Wohnung am 1. Jänner 1860 auf ein Jahr vermiethet

III. Berechnung von Zeiträumen.

§. 106. A. **Berechnung des Anfangs- und Endpunkts eines Zeitraums** (Computation)[1]. Einen gewissen Zeitraum berechnen (computiren) heißt den Anfangs- und Endpunkt einer concreten Zeitreihe nach einem gegebenen Maßstab bestimmen[2]. Der

---

wird, so ist die Miethe mit dem Beginn des 1. Jänner 1861 beendet; wer am 1. März 1856 ein Darlehen auf 2 Jahre genommen hat, der ist am 1. März 1858 verpflichtet, es zurückzuzahlen; wenn ein Wechsel am 1. Februar 1856 zwei Jahre a dato zahlbar ausgestellt wurde, so ist der 1. Februar 1858 der Verfallstag.

17) Aber auch für die im Gesetz bestimmten Jahresfristen wäre es sicher viel zweckmäßiger, die Berechnung nach Kalenderjahren (d. h. nach dem Datum) vorzuschreiben (wie dieß mit Recht der sächs. Entwurf §. 104 gethan hat) vgl. auch folg. § Note 11a. — Über die eigenthümliche deutschrechtliche Frist von Jahr und Tag, welche in der Regel (vgl. dagegen z. B. A. L. R. I 3 §. 49 und dazu Glück S. 587 Note 16, 17; Unterholzner I S. 279) ein Jahr und 6 Wochen, oder ein Jahr 6 Wochen und 3 Tage bedeutet (Verm. Sachsensp. I 28 Jar und tag ist ein jar und sechs wochin und drei tage) vgl. Grimm R. A. S. 222 fg., Glück III S. 586—588, Unterholzner Verjährungslehre I §. 85, Phillips Grundsätze des deutsch. Privatr. I §§. 67. 68 (vgl. auch Platner Histor. Entwickl. II §§. 15. 16, welcher S. 245 mit Recht bemerkt: „die Zeit von Jahr und Tag ist gleichsam die Angel, um die sich das gesammte rechtliche Dasein des Einzelnen [Deutschen] dreht, auf ihr ruht sein Leben, seine Ehre, sein Grundbesitz, seine Fahrniß“). Der Ausdruck Jahr und Tag kommt meines Wissens in neuerer Zeit in österr. Gesetzen nicht mehr vor, wohl aber jene Frist von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen, so z. B. bei der Amortisation von Inhaberpapieren (Patent v. 28. März 1803 §. 2); ebenso die Frist von 1 Jahr und 6 Wochen in der A. G. O. §. 120 in Ansehung der Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher; diese Hinzurechnung von 6 Wochen fand auch noch bei der 3jährigen Tabularersitzung im westgaliz. Gesetzbuch statt (III §§. 606. 608); vgl. ferner in Ansehung der Frist von 6 Wochen oder 6 Wochen und 3 Tagen den folg. § Note 19a und §. 384 a. b. G. B. — Gebrauchen Parteien in Rechtsgeschäften den Ausdruck Jahr und Tag, so ist das im Zweifel wörtlich zu nehmen und daher ein Jahr und ein Tag darunter zu verstehen, vgl. Glück S. 587. 588, Beseler I S. 258; dieser Ansicht ist auch Costa „Jahr und Tag“ in der all. G. Z. 1856 Nr. 133.

1) Vgl. Gmelin in der im vorigen § Note 1 angef. Abhand. S. 596 fg., Glück Bd III §. 269 b, Löhr Über civilis computatio im Archiv. für die civil. Prax. Bd XI Nr. XVIII, Unterholzner Verjährungslehre I §. 90, Savigny System IV §§. 182—188, Bachofen Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit in der Gieß. Zeitschr. Bd XVIII S. 38—80. 335—375, Huschke Zur Lehre von der civilis und naturalis temporis computatio, in der Gieß. Zeitschrift N. F. Bd II S. 166 fg. (Die übrige sehr reichhaltige Literatur s. bei Vangerow I §. 196.)

2) Vgl. Gmelin a. a. O. S. 596 fg. (und Archiv II S. 493), Glück Bd III S. 553, Puchta Vorles. I S. 168. 169. — Von einer Zeitberechnung (Computation) kann daher nur die Rede sein, wenn man nach einem durch Gesetz oder Privatwillkür vorgeschriebenen Zeitmaß zu bemessen hat, ob resp. wann der in concreto abgelaufene resp. laufende Zeitraum so viele Zeittheile enthält resp.

Anfang eines Zeitraums, mit dessen Ablauf eine juristische Wirkung eintritt, wird in der Regel durch eine Thatsache bezeichnet (z. B. Geburt, Besitzerwerbung, Rechtsverletzung), welche in den Umfang eines Kalendertags fällt. Für die Berechnung eines Zeitraums erscheint es nun

I. am natürlichsten, von diesem Moment an, in welchen die betreffende Thatsache fällt, die Computation zu beginnen und bis zu dem letzten Moment fortzurechnen, in welchem die bestimmte Frist völlig abgelaufen ist, also vom natürlichen (mathematischen) Anfangsmoment bis zum natürlichen (mathematischen) Endmoment zu rechnen (a momento ad momentum computare, ad momenta temporum numerare). Diese natürliche und genaueste Rechnung (s. g. computatio naturalis, Naturalcomputation[3]), wonach der juristische Anfangspunkt mit dem mathematischen zusammenfällt und als juristischer Endpunkt eines nach Tagen[4] oder größeren Zeitabschnitten bestimmten Zeitraums der dem mathematischen Anfangspunkt entsprechende mathematische Moment des letzten Kalendertags erscheint, ist eine Rechnung nach beweglichen (Zeit-) Tagen, das heißt nach Zeiträumen von 24 Stunden mit wandelbarem Anfangs- und Endpunkt. Allein diese genaue Rechnung ist nicht leicht durchführbar, theils weil der natürliche (mathematische) Anfangsmoment in der Regel gar nicht mit Aufmerksamkeit beobachtet wird, nicht leicht im Gedächtniß bleibt und noch schwerer zu beweisen ist, theils weil es an chronometrischen Werkzeugen fehlt, um die kleinsten Zeittheile[4a] sowohl mit voller Genauigkeit als insbesondere

---

enthalten wird, als er nach jener Vorschrift zu enthalten hat: die Bestimmung dagegen, wie viel Zeittheile ein gewisser Zeitabschnitt enthalte, ist Zeiteintheilung d. h. Berechnung von besonders benannten Zeitabschnitten (vgl. vorherg. §), nicht Zeitberechnung (Computation), d. h. Berechnung von concreten Zeiträumen (vgl. Note 8).

3) cf. l. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4) — a momento in momentum tempus spectetur; vgl. Gmelin §§. 12. 13, Savigny S. 344 fg. Der Ausdruck Naturalcomputation wurde jedoch von der ältern Doctrin häufig in einem andern Sinn gebraucht, vgl. Note 8.

4) Beträgt der abzulaufende Zeitraum nicht einmal den Zeitraum eines Tags, so versteht es sich von selbst, daß nur a momento ad momentum gerechnet werden kann; z. B. A macht dem B eine Proposition und gibt ihm drei Stunden Bedenkzeit zur Acceptation (§. 862 a. b. G. B.).

4a) Es kommt nemlich bei dieser genauen Rechnungsweise nicht bloß auf

mit durchgängiger und zuverlässiger Übereinstimmung anzugeben. Die Naturalcomputation findet daher nur selten und ausnahmsweise in jenen Fällen statt, in welchen sie das Gesetz besonders vorschreibt [5] oder die das Rechtsgeschäft schließenden Parteien besonders festgesetzt haben [6].

II. Im Gegensatz zu dieser Naturalcomputation steht die **Civilcomputation** (bürgerliche, juristische Rechnungsweise). Das Wesen der Civilcomputation besteht darin, daß die Berechnung eines Zeitraums nach **ganzen Kalendertagen** (ad dies [7]) geschieht, daß also der Tag nur als ganzer, ohne Berücksichtigung der Stunden oder der noch kleineren Zeittheile genommen wird [8]. Der Unter-

---

Stunden, sondern auch auf Minuten (halbe, viertel Stunden) an, was man öfters mit Unrecht geläugnet hat, vgl. Unterholzner I §. 90 Note 303.

5) Nach österr. Recht gehören jene Fälle hierher, in welchen das Gesetz einen Zeitraum von 24 Stunden vorschreibt (§§. 862. 924. 1075. 1116 a. b. G. B.); dieser Ansicht ist mit Recht auch Stubenrauch III S. 77 (die entgegengesetzte Ansicht wird für das preuß. Recht ausgesprochen von Koch I §. 221). — Über Anwendung der Naturalcomputation nach röm. Recht (l. 3 §. 3 D. cit., ein für uns ganz unpraktischer Fall) vgl. Savigny §. 187, Bachofen in der angef. Abh. S. 371 fg., Arndts §. 89 Anm. 2 (gegen Vangerow I S. 387 lit. b).

6) So z. B. wenn die Parteien einen Zeitraum auf „24 Stunden" oder „2mal 24 Stunden" fixiren: hier liegt die Berechnung nach Stunden, also a momento in momentum, in der Intention der Disponirenden (vgl. Puchta Vorles. I S. 172); doch kann es in manchen Fällen zweifelhaft sein, ob die Parteien die Naturalcomputation beliebt haben oder nicht (z. B. A macht dem B eine Proposition und gibt ihm „einen Tag" oder „drei Tage" Bedenkzeit): dieß ist dann eine reine Interpretationsfrage.

7) l. 134 D. de V. S. — annum civiliter non ad momenta temporum sed ad dies computamus (vgl. hierzu Bachofen §. 1) l. 6 D. de usucap. (41, 3).

8) Es gilt dieß sowohl von dem Tag, mit dem die Frist beginnt, als von demjenigen, mit dem sie endet (vgl. Text Nr. 1 und 2). Die ältere Doctrin dagegen (vgl. z. B. Koch Belehrungen über Civilcomputation und Schalttag [1798], Hagemeister in Hugo's Magazin Bd III Nr. I, vgl. auch Unterholzner I S. 296, Gmelin in der angef. Abh. §§. 12. 15 fg., Glück Bd III S. 568 fg., Thibaut Pandekt. §. 97 Nr. 2 u. A.) wollte das Charakteristische der Civilcomputation darin sehen, daß dies ultimus coeptus pro completo habetur (vgl. Text Nr. 2), und sprach daher in jenen Fällen, worin zwar nicht a momento ad momentum, sondern ad dies gerechnet wird, aber der novissimus totus dies completus, also der letzte Kalendertag der Frist ganz abgelaufen sein muß, von Naturalcomputation (vgl. z. B. Glück Bd V S. 567 bei Gelegenheit der l. 6 D. de O. et A. 44, 7, der daher von Vangerow I S. 385 lit. a mißverstanden wird): allein dieß ist unrichtig, da das Wesen der Civilcomputation eben darin besteht, daß nicht von Moment zu Moment, sondern nach ganzen Kalendertagen gerechnet wird, die Frage aber, ob der letzte Kalendertag nur begonnen zu haben braucht

schied der Civilcomputation von der Naturalcomputation besteht somit darin, daß bei ersterer der Tag nur als Zeittheil, bei letzterer dagegen auch als Zeitraum in Betracht kommt[9], daß bei der Naturalcomputation der juristische Anfangs- und Endpunkt mit dem mathematischen nothwendig und immer zusammenfällt, während dieß bei der Civilcomputation nicht (wenigstens nicht nothwendig) der Fall ist[9a]. Die Civilcomputation bildet die Regel, die Naturalcomputation die Ausnahme[10], da jene aus einem juristischen Bedürfniß hervorgegangen ist und als juristische (technische) Berechnungsweise im Gegensatz zur natürlichen für juristische Verhältnisse die maßgebende sein muß[11].

---

oder abgelaufen sein muß, eine vom Begriff und Wesen der Civilcomputation ganz und gar abhängige ist (vgl. Text Nr. 2 und Note 25). Über und gegen jene ältere Auffassung der Civil- und Naturalcomputation vgl. auch Savigny S. 352 fg. — Ebenso unrichtig ist es aber wohl andererseits, wenn manche österreichische Schriftsteller (so z. B. neuerlichst Hye Comment. I S. 128) die gesetzliche Berechnung des Monats zu 30 Tagen, des Jahrs zu 365 Tagen (§. 902 a. b. G. B.) eine „Civilcomputation" nennen, da hier ja gar nicht concrete Zeiträume berechnet werden, sondern nur angegeben wird, was unter einem gewissen Zeitabschnitt z. B. einem Monat u. s. f. zu verstehen sei, und nunmehr erst wieder eine gesetzliche Frist z. B. von 6 Monaten computirt werden muß (vgl. Note 2), um das Ende derselben zu bestimmen.

9) Vgl. Savigny S. 348 fg., Puchta Vorlesf. I S. 169. 170, Böcking I §. 122. Daß die gangbare Auffassung des Tags als einer untheilbaren Einheit, als Eines Moments den Römern fremd, und überhaupt unrichtig sei, hat Bachofen S. 42 fg. nachgewiesen.

9a) Die Civilcomputation kommt ausnahmsweise auch in der besondern Gestalt vor, daß das Jahr nur als Zeittheil, nicht als Zeitraum in Betracht kommt, daß also nur nach ganzen Kalenderjahren (ad annos) gerechnet wird; hier gilt dann der Grundsatz: annus exiens pro toto habetur (Note 14) und unter Umständen annus coeptus pro completo habetur (einen Fall dieser Art s. in l. 8 D. de muner. 50, 4). Auch das heutige österr. Recht kennt einen solchen Fall: es wird nemlich die Schutzfrist für das literarische Eigenthum nach ganzen Kalenderjahren (ad annos) computirt; Ges. vom 19. Oct. 1846 §§. 13. 14 (vgl. Harum Die gegenwärtige österr. Preßgesetzgebung 1857 §. 47 und auch O. Wächter Das Verlagsrecht 1857 S. 459 fg.).

10) Wenn ältere Schriftsteller (z. B. Glück III S. 570 fg., Gmelin §. 19, vgl. hierüber auch Savigny S. 409. 410) das Gegentheil behauptet und gelehrt haben, daß in der Regel und im Zweifel naturaliter nicht civiliter computirt werden müsse, so erklärt sich dieß von selbst aus ihrer Auffassung des Wesens der Civilcomputation (Note 8 und 2), und ergibt sich hieraus, daß sie nicht etwa behaupteten, es müsse in der Regel und im Zweifel a momento ad momentum gerechnet werden.

11) Dieß wird heut zu Tage allgemein von den gemeinrechtlichen Schriftstellern (vgl. z. B. Bachofen in der angef. Abh. S. 43, Puchta Vorlesf. I S. 172,

1) Was nun den **Anfangstag** betrifft, so kommt vor Allem dem Princip der Civilcomputation gemäß derjenige Tag, in dessen Umfang die betreffende Thatsache fällt, nur als ganzer Kalendertag in Betracht. Es ist daher vollkommen gleichgültig, in welcher Stunde oder in welchem noch kleineren Zeittheil des Kalendertags das Ereigniß, von dem ausgegangen wird, sich verwirklicht[12], weil der Tag eben nicht als Zeittag, sondern als Kalendertag in Betracht kommt: alle Thatsachen, welche in den Zwischenraum der zwei Mitternachtsmomente eines Kalendertags fallen, haben denselben juristischen Anfangspunkt[13], sollte auch ihr mathematischer Anfangspunkt so weit als innerhalb jener Grenzen möglich auseinanderliegen[14].

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß der Kalendertag, in dessen Umfang der mathematische Anfangspunkt des Zeitraums fällt, **mitgezählt** und **als erster** in die Frist eingerechnet wird[15]. Diese

---

Arndts §. 89, Vangerow I S. 388) sowie von den meisten österreichischen Autoren (vgl. z. B. Winiwarter in der angef. Abhandl. S. 325 fg. und Comment. IV S. 63, Stubenrauch III S. 77 f. aber Note 44) anerkannt. Es versteht sich aber von selbst, daß diese Nichtbeachtung der kleineren Zeittheile nur dort zur Anwendung zu kommen hat, wo es sich um die Berechnung eines Zeitraumes, also um Computation handelt: in anderen Fällen dagegen wird allerdings auf die kleineren Zeittheile gesehen, ohne daß man deßhalb von einer Naturalcomputation sprechen dürfte, da eben gar nicht computirt wird, z. B. bei der Frage, wer der Erstgeborene, wer der Erstverstorbene sei (§. 25 a. b. G. B.), sowie bei der Collision von Privilegien (§. 13 des Ges. v. 15. August 1852) oder von Einverleibungen (§. 440 a. b. G. B. Bd I §. 70 Note 32 vgl. dagegen l. 16 §. 8 D. de pign. 20, 1, dazu aber auch Arndts §. 383 Anm. a. E.)

12) l. 8 D. de feriis (2, 12) More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his viginti quatuor horis — actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset (vgl. jedoch über diese Stelle Bachofen S. 42 Note 1).

13) Zur einer Fiction des Civilrechts, daß Alles, was im Lauf eines Kalendertags geschehen sei, als im ersten Moment desselben geschehen zu betrachten, braucht man allerdings nicht seine Zuflucht zu nehmen, vgl. Bachofen S. 42.

14) Insofern gilt die Regel: dies exiens pro toto habetur (vgl. Böcking I S. 441), indem der Kalendertag als ganzer gilt, sollte das Ausgangsereigniß auch in den letzten Moment desselben gefallen sein. Diese Berechnung des Anfangstags wird auch von österreichischen Schriftstellern anerkannt, vgl. z. B. Winiwarter in der angef. Abh. I S. 325. 326. (Dagegen behauptet Pachmann Die Verjährung nach dem allgem. bürgerl. Recht in Österreich §§. 19. 44, daß die Verjährungszeit a momento ad momentum berechnet werden müsse, und beruft sich dafür §. 19 Note 4 wohl aber mit Unrecht auf Westphal Über die Arten der Sachen u. s. w. §. 813; vgl. dagegen Winiwarter schon in seiner Abhandlung über die Verjährung in den Mater. VIII Nr. I §. 9.)

15) Vgl. Bachofen S. 47. 48, Arndts §. 89, Vangerow I S. 387.

Berechnungsweise, wonach der Kalendertag, in dessen Lauf das Ausgangsereigniß fällt, als erster Tag selbst dann in die Frist mitgerechnet wird, wenn jenes Ereigniß in die letzten Momente desselben fallen sollte, gilt entschieden nach römischem Recht[16] und muß als aus dem Wesen der Civilcomputation folgend auch nach österreichischem Recht in der Regel in allen Fällen gelten, in denen das bürgerl. Gesetzb. eine Frist vorschreibt[17], ohne daß hierbei weiter die Verschiedenheit des gebrauchten Ausdrucks in Betracht kommen kann[18]. Im Gegensatz zu dieser regelmäßigen Berechnungsweise kommt es jedoch auch vor, daß der Kalendertag, in dessen Lauf der eigentliche Anfangspunkt des

---

16) Vgl. hierüber Savigny S. 361. 362 und Beilage IX, besonders aber Bachofen S. 47—53.

17) Es wird daher der Tag, an welchem der Besitz, wenn gleich in einer noch so späten Abendstunde erworben wurde, als erster Tag in die Ersitzungszeit eingerechnet, ebenso aber auch der Tag, an welchem actio nata ist, in die Verjährungsfrist; daher wird der Geburtstag als erster in das Jahr eingerechnet; daher wird in die dreimonatliche Frist des §. 155 fg. a. b. G. B. der Tag, an dem der Mann Nachricht von der Geburt des Kindes erhielt, in die mehrtägige Frist des §. 925 a. b. G. B. der Tag, an dem das Thier übergeben wurde, in die dreißigtägige Frist des §. 967 und §. 982 a. b. G. B. der Tag, an dem die deponirte oder commodirte Sache zurückgestellt wurde, in die dreißigtägige Frist des §. 1075 und §. 1141 a. b. G. B. der Tag, an dem die Sache zum Verkauf angeboten wurde, in die dreitägige Frist des §. 1082 a. b. G. B. der Tag der Uebergabe des Kaufsstücks, in die dreijährige Frist des §. 1489 a. b. G. B. der Tag, an welchem der Schade dem Beschädigten bekannt wurde u. s. f. eingerechnet werden müssen. Dagegen ist aber nach österr. Recht in die 14tägige Excusationsfrist des Vormunds der Tag des ihm bekannt gemachten gerichtlichen Auftrags (§. 201 a. b. G. B.) nicht, wie in die 50tägige Frist des römischen Rechts (vgl. Bachofen S. 52), einzurechnen vgl. Gesetz v. 9. Aug. 1854 §. 7 (unten Note 19; auch die gemeinrechtliche Praxis [vgl. Glück Bd XXXII S. 101—103] berechnet diese Frist erst von dem auf die Insinuation des Decrets folgenden Kalendertag); das Gleiche gilt für die Berechnung der Frist des §. 439 a. b. G. B. (vgl. oben §. 104 Note 79 und unten Text zu Note 19). (Puchta Pandekt. §. 75 a. E. will in der Regel, wenn es sich um den Verlust eines Rechts durch Ablauf einer Zeit handelt, den natürlichen Anfangstag nicht als ersten in die Frist einrechnen; allein diese Behauptung, die sich wohl de lege ferenda rechtfertigen läßt [vgl. Note 22a], läßt sich aus l. 101 D. de R. J. nicht ableiten, vgl. Bachofen S. 353 fg. und auch unten Note 18a.)

18) Es kommt also nicht weiter darauf an, ob es heißt x Tage (Monate, Jahre) von einem gewissen Moment an (z. B. §. 201 a. b. G. B.) oder nach einem gewissen Moment (z. B. §. 156 a. b. G. B.) oder seit einem gewissen Moment (z. B. §. 686 a. b. G. B.); so bestimmt z. B. das bürgerl. Gesetzb. im §. 967 die Frist von 30 Tagen „von Zeit der Zurückstellung an" und im §. 982 dieselbe Frist „nach der Zurücknahme." Ganz das Gleiche gilt in Beziehung solcher wechselnden Ausdrücke (ex quo, ex die, post, postquam) nach röm. Recht vgl. Bachofen S. 51 fg.

Zeitraums fällt, nicht mitgerechnet wird, sondern daß die Zählung erst mit dem darauf folgenden Kalendertag beginnt, so daß derjenige Kalendertag als erster erscheint, der nach jener regelmäßigen Berechnungsweise schon als zweiter gilt. In diesem Fall beginnt also die Berechnung erst mit dem Schluß des Kalendertags, in welchen der natürliche Anfangspunkt fällt, also mit der darauf folgenden Mitternacht, während in der Regel die Berechnung mit der dem natürlichen Anfangspunkt voraufgehenden Mitternacht beginnt: bei jener Berechnungsweise fallen daher der natürliche und der juristische Anfangstag nicht zusammen, wodurch das Ende des Zeitraums weiter hinausgerückt wird (verlängernde Rechnungsweise [18a]). Diese verlängernde Rechnungsweise findet kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (Hofdecret 20. Juni 1782 §. 524 gal. G. O. §. 97 ung. G. O.) bei der Berechnung der Prozeßfristen statt, indem der Lauf der Frist erst mit dem Tag, der auf die Zustellung des Decrets folgt, beginnen soll, also der Insinuationstag selbst nicht mit eingerechnet wird [19]; ebenso bei der Berechnung der Zeit, mit welcher die verbindende Kraft der durch das R. G. B. kundgemachten Gesetze und Verordnungen beginnt [19a]. Setzen die Parteien in

18a Wächter II §. 121 meint, daß die verlängernde Rechnungsweise die deutsche sei und daher bei besonderen Instituten des deutschen Rechts zur Anwendung kommen müsse, während die verfrühende Rechnungsweise die römische sei und daher „bei allen auf das römische Recht gebauten Instituten, namentlich bei der Verjährung zur Anwendung zu bringen sei." Diese Unterscheidung scheint mir jedenfalls unhaltbar: ist die s. g. verlängernde Rechnungsweise, wonach der Tag, in welchen das Ausgangsereigniß fällt, nicht mitgerechnet wird, in der That die deutsche (vgl. Note 22a), so muß sie gemeinrechtlich heut zu Tage überall, also auch „bei den auf das röm. Recht gebauten Instituten" zur Anwendung kommen, da die römische Rechnungsweise entweder überhaupt oder gar nicht recipirt ist.

19) Vgl. Beidtel Gerichtl. Verfahr. I §. 92. Dasselbe gilt nach gemeinem Prozeßrecht, vgl. Gensler im Archiv für die civilr. Prax. IV S. 197, Budde us im R. L. Bd IV S. 369 fg., Heffter System des ordentlichen Civilprozesses (2. Aufl.) §. 198, Bayer Vorträge §. 147 Nr. II (a. A. Schmid Handbuch des Civilprozesses I S. 292) vgl. auch Savigny IV S. 413 fg. Das Gleiche gilt für die Berechnung der Fristen in Angelegenheiten außer Streitsachen Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 7.

19a) Nemlich „mit dem Anfang des 45. Tags (also 6 Wochen und 3 Tage) nach Ablauf desjenigen Tags, an welchem das bezügliche Stück des R. G. B. erscheint" vgl. Bd I S. 30. — Auch in dem Note 9a erwähnten Fall wird das Todesjahr des Autors resp. das Erscheinungsjahr des Werks nicht mitgezählt: die Schutzfrist wird erst vom nächsten Kalenderjahr an berechnet.

Rechtsgeschäften eine Frist nach Tagen[20] fest, so ist es eine Frage der Interpretation, ob der Tag, in dessen Lauf der natürliche Anfangspunkt fällt, also der Zeitabschnitt, von dem die Zählung beginnt, als erster in die Frist miteinzurechnen ist oder nicht: im Zweifel ist wohl letzteres, also die verlängernde Rechnungsweise anzunehmen[21], wie dieß denn auch in der Wechselordnung v. 25. Jänner 1850 Art. 32 Abs. 1[22] (in Übereinstimmung mit der allgemeinen deutschen Wechselordnung) bestimmt wurde[22a].

---

20) Denn setzen die Parteien eine Frist nach Monaten oder Jahren fest, so entfällt ohnehin jede Schwierigkeit der Berechnung, ja die Nothwendigkeit der Zählung selbst, indem der entscheidende Tag der Kalendertag ist, dessen Datum dem Datum des ausgesprochenen Anfangstags entspricht, z. B. vom 1. December über (auf) ein Jahr, vom 3. Februar in einem Monat, vgl. W. O. Art. 32 Abs. 2 und vorhergehenden § Note 12 und 16.

21) Wenn z. B. A dem B Freitag den 1. Jänner 1858 eine Proposition macht und ihm drei Tage Bedenkzeit einräumt (die als ganze Tage in Berechnung kommen sollen vgl. Note 6), so fängt die Bedenkzeit mit Samstag dem 2. Jänner 1858 an und B kann noch im Laufe Montags des 4. Jänner seine Acceptation rechtswirksam erklären; ebenso pflegen wir den Ausdruck „jeden dritten, vierten Tag" dahin zu verstehen, daß wir die Frist erst vom nächsten auf das wiederkehrende Ereigniß folgenden Tag an berechnen, z. B. jemand hat an jedem vierten Tag eine Theaterloge (ob in das tertio quoque die der l. un. D. de glande legenda 43, 28 der Tag, an dem die übergefallenen Früchte aufgelesen wurden, in die Frist von 3 Tagen mit einzurechnen sei oder nicht, ist bekanntlich überaus streitig, vgl. die Literatur bei Vangerow I §. 297 Nr. 3). Übrigens hängt hier sehr Vieles vom Sprachgebrauch ab: so z. B. ist bei der Formel „heute (z. B. Sonntag) über acht Tage", jener Tag als der erste in die Frist mit einzurechnen, so daß der nächste Sonntag der letzte Tag der Frist ist (vgl. jedoch folgende Note), während bei der Formel „heute (z. B. Donnerstag) über 14 Tage" „von heute in 14 Tagen, der Donnerstag als erster Tag nicht eingerechnet wird, sondern die Fristberechnung erst mit dem darauf folgenden Tag (Freitag) beginnt und daher wieder mit einem Donnerstag endet. — Wie schwankend und unzuverläßig aber die Rechnungsweise überhaupt ist, davon gibt das Pat. vom 18. Oct. 1782 (Michel II Nr. 1307) einen Beweis, indem hier die Frist „acht Tage nach Georgi" (24. April) dahin berechnet wird, daß der letzte Tag derselben der 2. Mai sei, also der 24. April selbst nicht mitgerechnet wird, während als der letzte Tag der Frist „14 Tage nach Georgi" der 7. Mai angegeben wird, also der 24. April in die Frist wieder eingerechnet wird.

22) Hiernach wird bei Wechseln, wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, „bei Berechnung der Frist der Tag, an welchem der nach dato zahlbare Wechsel ausgestellt oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mitgerechnet"; daher denn z. B. ein am 1. August ausgestellter „acht Tage a dato" zahlbarer Wechsel am 9. August verfällt, somit auf den sonstigen Sprachgebrauch (Note 21) keine Rücksicht genommen wird (vgl. Bluntschli Deutsche Wechselordnung S. 72, der aber das Richtige nicht ganz richtig ausdrückt).

22a) Unserem heutigen Rechtsbewußtsein würde es wohl sicher entsprechen, in allen Fällen einer gesetzlichen Frist, in welchen an den Ablauf einer Zeit der

2) Der **letzte** Tag (novissimus, postremus, extremus dies) ergibt sich in einfacher Weise durch die Zählung, indem man von dem ersten in den Zeitraum einzubeziehenden Tag, dem juristischen Anfangstag an, so viele Tage zählt, als die Frist nach gesetzlicher oder gewillkürter Bestimmung zu befassen hat[23]. Hiernach ergibt sich denn, daß bei der regelmäßigen Berechnungsweise das Ende einer Jahresfrist der dem Tag, in welchen der mathematische Schlußpunkt fällt, voraufgehende Kalendertag ist[24], während bei der ausnahmsweisen verlängernden Rechnungsweise der letzte Tag der Frist derjenige Kalendertag ist, in welchen der mathematische Schlußpunkt fällt.

Eine andere wichtige und vielbesprochene Frage ist es aber, ob der Zeitraum schon mit dem **Beginn** des letzten Kalendertags oder erst mit dem **Ablauf** desselben beendet werde, ob also der Anfangs-

---

Verlust eines Rechts geknüpft ist, die **verlängernde** Rechnungsweise anzuwenden, also den Tag, in welchen das Ausgangsereigniß fällt, **nicht** als ersten mitzuzählen.

23) Wird der Ausdruck gebraucht „binnen, in, innerhalb" von x Tagen, Monaten oder Jahren (vgl. §§. 156 fg. 201. 925. 933. 967. 982. 1111 a. b. G. B.), so ist dieser xte Tag (Monat, Jahr) der letzte und muß daher vollständig verstrichen sein, damit die Frist als **abgelaufen** betrachtet werden könne; l. 1 §. 9 D. de succ. edict. (38, 9) Quod dicimus **intra** dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et **ipso die centesimo** bonorum possessio peti possit, quemadmodum **intra Calendas etiam ipsae Calendae sint**. Idem est et si **in** diebus centum dicatur. l. 30 §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5) l. 99 D. de V. O. l. 27 §. 1 eod. l. 133 D. de V. S. vgl. **Bachofen** S. 57 fg. 350 fg.

24) Somit nicht der wiederkehrende gleichnummerige Kalendertag; so z. B. ist nicht der 1. Jänner 1858, sondern der demselben vorangehende Tag, also der 31. December 1857, der letzte Tag des mit dem 1. Jänner 1857 beginnenden annus civilis. — **Savigny** a. a. O. behauptet (ebenso wie **Gmelin** in der angef. Abh. und **Unterholzner** I S. 300 fg.), daß der letzte Tag der Frist regelmäßig derjenige sei, in dessen Umfang der mathematische Endpunkt falle, daß also der wiederkehrende (gleichnummerige) Kalendertag der letzte Tag des annus civilis sei (somit in dem gegebenen Beispiel der 1. Jänner 1858): allein gegen diese auf einer willkürlichen Combination von Natural- und Civilcomputation beruhende Berechnungsweise haben sich seither die meisten neueren Schriftsteller mit Recht erklärt (vgl. insbes. **Bachofen** S. 45 fg., ferner **Puchta** Vorles. I S. 171 u. Beilage IV, **Vangerow** I S. 390, **Böcking** §. 122 §. c fg., **Arndts** §. 89 Anm. 5, während **Sintenis** I S. 234 fg. und **Holzschuher** I S. 365 fg. der Ansicht **Savigny's** gefolgt sind, welche auch im preuß. Recht zu herrschen scheint). — Auch dann, wenn die Parteien eine Frist nach Monaten oder Jahren bestimmen (vorhergeh. § Note 12. 16), ist der dem gleichnummerigen Kalendertag vorhergehende Tag der letzte Tag der Frist, welche mit dessen Ablauf verstrichen ist; so z. B. ist, wenn eine Wohnung vom 1. Jänner auf x Jahre vermiethet wurde, der 31. December des xten Jahres der letzte Tag der Periode.

oder der Schlußmoment des letzten Kalendertags den Endpunkt des ganzen Zeitraums bilde. Diese Frage läßt sich aus dem Begriff der Civilcomputation nicht lösen, da im Wesen der Civilcomputation nur das liegt, daß der Kalendertag als ganzer, ohne Berücksichtigung kleinerer Zeittheile, in Betracht kommt, womit es sich eben so gut verträgt, wenn der Schlußmoment des letzten Kalendertags den Schluß des Zeitraums bildet, als wenn dieß der Anfangsmoment desselben thut, da in beiden Fällen der Kalendertag als ganzer in Betracht kommt[25]. Diese Frage ist eine reine Interpretationsfrage. Handelt es sich nemlich bloß darum, daß eine Frist erreicht sei, daß der eine gewisse Anzahl von Tagen befassende Zeitraum voll sei, so muß es genügen, wenn der letzte Tag auch nur begonnen hat (dies ultimus coeptus pro completo habetur), da mit dem Beginn desselben, der nur als Zeittheil nicht als Zeitraum in Betracht kommt, das Spatium vollzählig geworden ist: es sind mit dem Beginn des letzten Tags so viele Tage vorhanden, als der vorgeschriebene Zeitraum zu befassen hat[26]. Handelt es sich dagegen darum,

25) Gerade umgekehrt wollte die ältere Doctrin (vgl. die Note 8 angeführten Schriftsteller, denen sich auch noch Böcking in der 1. Aufl. seiner Institutionen §. 122 anschloß) das Wesen der Civilcomputation darin finden, daß jeder Kalendertag als ungetheilte Einheit in Betracht komme (Note 9), daß daher der letzte Tag der Frist mit dem Beginn sofort als vollendet anzusehen sei, mithin der Zeitraum stets und nothwendig mit dem Beginn des letzten Kalenderjahrs beendet sein müsse (dies ultimus coeptus pro completo habetur). Diese Ansicht ist von den neueren Schriftstellern mit Recht allgemein aufgegeben worden, vgl. insbes. Bachofen S. 49 fg. und nunmehr auch Böcking Pandekt. I §. 122 §. c u. Note 21*.

26) Ist z. B. vorgeschrieben, daß zur Ersitzung eine Frist von xmal 365 Tagen erforderlich sei, und ist diese Bestimmung, daß man xmal 365 Tage die Sache besessen habe, dahin zu verstehen, daß der fragliche Zustand (der Besitz) an xmal 365 Tagen bestanden habe, so ist die Ersitzung mit dem Beginn des letzten Tags vollendet, da man sagen kann, der Zustand habe auch am letzten Tag bestanden, wenn er auch nur einen Moment desselben bestanden hat, weil eben der Tag nur als ganzer in Betracht kommt, die Dauer eines Zustands in einem Moment des Tags insofern also der Dauer desselben den ganzen Tag hindurch gleichsteht, daher mit dem Beginn des letzten Tags das Maß von xmal 365 Tagen voll geworden, der Zeitraum in diesem Sinn (vgl. Note 28) erfüllt ist. (In diesem Sinn faßt das röm. Recht den zur Ersitzung erforderlichen Zeitraum auf l. 15 pr. D. de div. temp. praesc. 44, 3 l. 6 l. 7 D. de usuc. 41, 3; die letztere Stelle wird von Bachofen S. 66 fg. unrichtig erklärt, vgl. dagegen Vangerow I S. 383. 384.) Nennt man ferner z. B. denjenigen, der 365 Tage erlebt hat, einen anniculus, so muß das Kind schon mit dem Beginn des letzten Tags so genannt werden l. 134 D. de V. S. cf. l. 132 eod.

daß eine Frist abgelaufen, verstrichen, ein Zeitraum verflossen, eine gewisse Anzahl von Zeittheilen zurückgelegt sei, dann ist sicherlich der Ablauf des letzten Kalendertags erforderlich, da man erst dann sagen kann, eine Strecke sei zurückgelegt, wenn man sich nicht mehr innerhalb derselben, sei es auch in einem noch so kleinen Stück befindet, also wenn sie überschritten ist[27]. Im Zweifel, wenn von einer Frist schlechthin ohne Zusatz (z. B. binnen, in, innerhalb x Tagen, Monaten oder Jahren, oder bloß x Tage u. s. f.) oder von der Erfüllung[28] eines Zeitraums die Rede ist, ist dieß dahin auszulegen, daß die Frist abgelaufen, der Zeitraum also nicht bloß erreicht, sondern vielmehr überschritten sein muß. Hieraus ergibt es sich, daß nach österreichischem Recht die Regel dies ultimus coeptus pro completo habetur nicht zur

---

27) Ist z. B. die Bestimmung, daß man, um Eigenthum durch Ersitzung zu erwerben, xmal 365 Tage die Sache besessen haben müsse, dahin zu verstehen, daß man dann, wenn diese Frist abgelaufen (verflossen, zugelegt) sei, Eigenthümer werde, so muß der letzte Tag vollendet sein, damit jene Wirkung eintrete; dieß ist die Auffassung des österr. Rechts (vgl. Note 32).

28) Der Ausdruck Erfüllung eines Zeitraums (complere, explere, replere) ist zweideutig: er kann bedeuten, daß der Zeitraum durch das Aufeinanderfolgen einer gewissen Zahl von Tagen nur voll zu werden brauche, ein gewisser Numerus von Tagen (Monaten oder Jahren) nur erreicht sein müsse, oder daß die Frist abgelaufen sei und ein neuer Zeitraum begonnen habe, jene also überschritten (egressum, excessum) sein müsse; im Zweifel ist die letztere Bedeutung anzunehmen (z. B. l. 2 pr. D. de excus. 27, 1), vgl. insbesondere Bachofen S. 49 fg. 53 fg. 341 fg. (Aus der Interpretation des complere als Erreichung einer Anzahl von Tagen oder Jahren im Unterschied von der gewöhnlichen Auffassung des complere als Überschreitung, Zurücklegung eines Zeitraums erklären sich Stellen wie l. 1 D. de manumiss. 40, 1 l. 5 D. qui test. fac. 28, 1.) In gleicher Weise ist dann, wenn vom Alter von x Jahren die Rede ist (z. B. vom Alter von 60 Jahren §. 195 a. b. G. B.) darunter zu verstehen, daß der Zeitraum von 60 Jahren zurückgelegt sei, also daß 61. Lebensjahr begonnen habe (cf. l. 2 pr. D. de exc. 27, 1 l. un. C. qui aet. se excus. 5, 68); ebenso ist, wenn man vom Alter unter x Jahren spricht, darunter zu verstehen, daß der Zeitraum von 14 Jahren noch nicht zurückgelegt worden sei (vgl. Bachofen S. 54 fg.); sagt man dagegen, daß das Alter von 20 Jahren erreicht sein müsse (z. B. A. G. O. §. 142 lit. f in Verbindung mit lit. e), so ist darunter zu verstehen, daß jener Tag erreicht sein müsse (der also bloß begonnen zu haben braucht), an dem man sagen kann, man sei 20 Jahre alt, d. h. man habe 20 Jahre zurückgelegt (cf. §. 7 I. qui et quib. ex caus. 1, 6 und dazu Bachofen S. 56). — Ist eine Frist bis zu einem bestimmten Tag bestimmt (z. B. A leiht dem B seine Sache bis zum 1. Jänner 1860), so ist mit dem Beginn dieses Tags (also mit dem Ablauf des 31. Decembers 1859) die Frist beendet: diese Interpretation ergibt sich schon aus grammatischen Regeln.

Anwendung kommt[29], da das Gesetzbuch nirgends vorschreibt, daß die betreffende Frist bloß erreicht, der erforderliche Zeitraum nur voll zu werden brauche[30]: es wird daher nach österreichischem Recht[31] nicht nur in den Fällen, in welchen der Verlust eines Rechts die Folge der eine gewisse Zeit dauernden Versäumniß ist, sondern auch dann wenn der Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit die Folge eines eine gewisse Zeit hindurch dauernden Umstands ist, der letzte Tag der Frist ganz abgelaufen sein müssen, damit jene Folge eintrete[32].

---

29) Es ist daher nicht zu billigen, wenn unsere Schriftsteller (z. B. Winiwarter in der angef. Abh. S. 328 und in den Material. Bd VIII Abh. I §. 9, Bachmann Verjährung §. 48 Note 2, Stubenrauch III S. 79) sagen, daß die Regel des römischen Rechts dies ultimus coeptus pro completo habetur dem österr. Recht fremd sei, in diesem nicht gelte: jene Regel gilt vielmehr nach österr. Recht ebenso wie nach röm. Recht, da sie das in ein modernes Brocardicon gefaßte Resultat einer Interpretation ist; sie kommt nur im österr. Recht nicht zur Anwendung, weil es sich stets um die Zurücklegung, den Ablauf der Frist handelt.

30) Gar nicht hierher gehört die (von älteren Schriftstellern z. B. Glück III S. 568. 569 häufig hierher bezogene) Bestimmung, daß annua legata mit dem Anfang des Jahrs erworben werden (§. 687 a. b. G. B. l. 5 l. 8 l. 22 D. de annuis leg. 33, 1): diese Bestimmung ist nicht Folge einer besondern Computation, sondern Folge des Satzes, daß ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, schon mit dem Anfang des Tags erworben wird §. 903 a. b. G. B. (cf. l. 49 D. de condit. 35, 1 eine Stelle, die Vangerow I S. 385 lit. e an einen unrichtigen Ort gestellt hat).

31) Was das gemeine Recht anbetrifft, so behauptet die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller, daß wenn es sich um den Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit durch einen eine gewisse Zeit dauernden Zustand handle, der letzte Tag nur begonnen zu haben brauche, damit jene Folge stattfinde, während wenn es sich um den Verlust eines Rechts in Folge einer eine gewisse Zeit dauernden Versäumniß handle, der letzte Tag ganz abgelaufen sein müsse, damit diese Wirkung eintrete (so z. B. Savigny, Vangerow, Puchta, Arndts, Böcking, Seuffert, Sintenis u. A.); neben dieser doch immer sehr zweifelhaften Ansicht (vgl. über und gegen dieselbe besonders Bachofen S. 344 fg.) gibt es noch viele und vielfach abweichende Ansichten (vgl. eine summarische Übersicht derselben bei Vangerow I S. 388—390 und Arndts §. 89 Anm. 5).

32) Es wird daher insbesondere die Ersitzung nach österr. Recht (vgl. Noten 26. 27.) erst mit der den letzten Tag beschließenden Mitternacht vollendet (so ist z. B. die Ersitzung einer beweglichen Sache, die am 1. Jänner 1857 begonnen hat, um 12 Uhr Nachts zwischen dem 31. December 1859 und dem 1. Jänner 1860 vollendet), da das bürgerliche Gesetzbuch §. 1465 ausdrücklich sagt „zur Ersitzung und (Extinctiv-) Verjährung ist auch der in dem Gesetz vorgeschriebene Verlauf der Zeit nothwendig" (vgl. auch §. 1460 a. E., auch Thibaut System §. 1007 meint, daß „man jetzt immer bis auf den letzten Augenblick rechnet, ohne daß man den letzten Tag erläßt"); ebenso beginnt die Großjährigkeit erst mit der ersten

III. Indem das Kalenderjahr als ein zusammenhängender Zeitraum von 365 Tagen berechnet wird, wird der Überschuß des Sonnenjahrs über jenen Zeitraum nicht berücksichtigt: dieser Überschuß findet seine Erledigung im Schalttag (dies intercalaris)[33], indem zur Ausgleichung des Kalenderjahrs mit dem astronomischen Jahr alle vier Jahre (jedes vierte Jahr vgl. Note 21)[33a] ein Tag eingeschaltet wird[34]. Das österreichische Gesetzbuch bestimmt nicht, welcher Tag der Schalttag sei. Da es nun keinen eigenen österreichischen

Stunde des 25. Geburtstags, die Mündigkeit mit der ersten Stunde des 15. Geburtstags, also erst mit dem gänzlichen Ablauf des letzten Tags des 24. resp. 14. Jahrs (§. 21 a. b. G. B. „Kinder, die das 7., Unmündige die das 14., Minderjährige, die das 24. Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben" vgl. A. L. R. I 5 §. 18); ebenso beginnt die Testamentsmündigkeit nach österr. Recht (anders nach gemeinem Recht l. 5 cit. Note 28) mit dem zurückgelegten 14. resp. 18. Lebensjahr (§. 569 a. b. G. B.), und die Ehemündigkeit sowie die Eidesmündigkeit mit dem zurückgelegten 14. Lebensjahr (§. 48 a. b. G. B. §. 140 lit. a. A. G. O. vgl. Note 28). Diese Ansicht wird von unseren Schriftstellern allgemein getheilt (vgl. Note 29), die sich mit Recht auch durch die Bestimmung des §. 903 a. b. G. B. („Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfang des Tages erworben. Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit aber kommt dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag zu statten") nicht beirren lassen, da dieser § gar nicht von der Berechnung von Zeiträumen handelt, somit nicht Regeln über die Computation aufstellt. (Interessant ist es, daß die preußischen Schriftsteller, z. B. Bornemann I S. 198. 199, Koch I §. 221 a. E., denen Savigny IV S. 420 beistimmt, gerade umgekehrt aus derselben in zwei §§ aufgelösten Bestimmung des A. L. R. I 3 §§. 46. 47 die allgemeine Regel ableiten, daß ein Zeitraum, wenn durch seinen Ablauf ein Recht erworben werde, mit dem Anfang des letzten Tags, wenn dadurch ein Recht verloren werde, mit dem Ende des Tags beendigt werde: allein daß diese Auffassung unrichtig und jenen §§ eine ihnen fremde Beziehung auf die Computation gegeben werde, ergibt sich mit Sicherheit daraus, daß man, wenn es sich um den Verlust eines Rechts durch eine Zeit lang fortgesetzte Unthätigkeit z. B. um eine Klagverjährung handelt, doch nicht sagen kann, es sei dieß ein Fall, wo „eine Pflicht an einem bestimmten Tag geleistet" „eine Verbindlichkeit erfüllt" werden solle, da der sein Recht durch den Ablauf der Zeit Verlierende doch nicht eine Pflicht hatte zu klagen!)

33) Vgl. hierüber Gmelin im Arch. I §§. 8. 10. 14 u. S. 756 fg., Glück Bd III §. 269c Bd V §. 457, Unterholzner Verjährungslehre I §. 86, Savigny System IV §§. 192—194, Puchta Vorles. I Beil. V, Groening Quaestiones et controversiae de die intercalari 1843 (4°. 39 pp.).

33a) Jedoch werden alle 400 Jahre drei Einschaltungen weggelassen vgl. Savigny §. 180 Note g.

34) Das Kalendergeschichtliche über den Schaltmonat (mensis intercalaris, mercedonius) des Numa'schen Jahres und den Schalttag des Julianischen und Gregorianischen Jahrs s. bei Savigny §§. 179. 192 und Groening p. 4 sq. p. 39 sq.

Kalender gibt, so muß der nach dem Gregorianischen Kalender hergebrachte Schalttag dafür gelten: dieses ist aber der zwischen Lazarus (23. Februar) und Mathias eingeschobene Tag, also der 24. Februar, nicht etwa, wie man öfters behaupten wollte und will [35], der 29. Februar im Schaltjahr. Während sich auf diese Weise im heutigen Kalender nichts geändert hat, und nach wie vor der 24. Februar eines Schaltjahrs der Schalttag ist, ist die juristische Behandlung des Schalttags im heutigen österreichischen [36] (und wohl ebenso im gemeinen Recht [37]) eine andere geworden. Während nemlich nach römischem Recht der Schalttag gar nicht als selbständiger Tag in Betracht kommt, sondern vielmehr einen integrirenden Theil des folgenden Tags (dies sextus Kal. Mart.) bildet, so daß beide, der Schalttag und der dies sextus (bissextum), als ein einziger Tag (von 48 Stunden) betrachtet werden (id biduum pro uno die habetur l. 98 D. de V. S. l. 3 §. 3 D. de minor. 4, 4): ist im heutigen Rechtsleben der Schalttag nicht als ein integrirender Bestand-

35) So z. B. Glück III S. 581. 582 und die daselbst Note 99 u. Bd V §. 457 Note 81, sowie die bei Savigny S. 192 Note f angeführten Schriftsteller; deßgleichen Hugo in den Götting. gelehrt. Anzeig. 1841 S. 827 fg., Bornemann I S. 198, s. aber dagegen Savigny S. 457 fg. (vgl. auch Vangerow I S. 393. 394 und Groening l. c. p. 22 sq.), dem mit Recht Stubenrauch III S. 78 (und Koch I §. 222) gefolgt ist.

36) Da das Gesetzbuch sich über die Behandlung des Schalttags nicht ausspricht, so haben sich unter unsern Schriftstellern verschiedene Ansichten hierüber gebildet, vgl. z. B. Winiwarter in der angef. Abh. S. 329 fg., Stubenrauch S. 78. [Koch I §. 222 schließt sich (wie ich glaube, ganz mit Unrecht) für das preußische Recht der Regel id biduum pro uno die habetur an.]

37) Unter den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern herrschte Streit darüber, ob der Schalttag und der vorhergehende Tag (also nach der Ansicht der Einen der 23. und 24., nach der Ansicht der Andern der 28. u. 29. Februar) als Ein Tag anzusehen seien, ob also die Regel des röm. Rechts id biduum pro uno die habetur auch noch heutigen Tags gelte oder nicht (vgl. z. B. einerseits Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen u. s. f. S. 469, der mit Recht behauptet, daß „der Schalttag bei uns immer ein besonderer Tag sei", andererseits Glück III S. 581. 582, [der von Savigny §. 194 Note f mit Unrecht als Anhänger der entgegengesetzten Ansicht citirt wird] und die daselbst Note 101 angef. Schriftsteller). Heutzutage sind freilich die gemeinrechtlichen Schriftsteller fast einstimmig der Ansicht, daß jener Grundsatz des röm. Rechts auch h. z. T. noch gelte (vgl. z. B. Unterholzner I §. 86, Savigny §. 192 fg., Puchta Vorles. I S. 173, Vangerow I S. 393. 394, Arndts §. 88 Anm. 4, Böcking §. 121. §. b, Seuffert I §. 117, Sintenis I §. 26 u. A.; Beseler System I S. 254—256 schwankt), allein m. E. in entschiedenem Widerspruch mit der im bürgerlichen Leben herrschenden Anschauungsweise vgl. die folgenden Noten.

theil des folgenden Tags, sondern als ein selbständiger für sich bestehender Tag anzusehen, so daß diese beiden Tage (der 24. und 25. Februar eines Schaltjahrs) nicht als ein einziger Tag von 48 Stunden, sondern als zwei Tage von je 24 Stunden in Betracht kommen[38]. Daß wir aber im heutigen Leben den Schalttag als einen selbständigen Tag ansehen, das ergibt sich wohl mit Sicherheit aus unserer Numerirung der Tage im Februar eines Schaltjahrs, indem wir den Schalttag nicht etwa als 24. Febr. Nr. 1 (oder lit a.) und den darauf folgenden Mathiastag wieder als 24. Februar Nr. 2 (etwa lit. b) anführen, sondern ihn als den 24. Tag des Februars und den Mathiastag als den 25. numeriten und daher im Februar eines Schaltjahrs statt 28 Tagen 29 zählen, während die Römer den Schalttag (dies intercalaris) und den darauf folgenden Tag (Regifugium) nicht selbständig zählten, sondern beide als dies VI. Kal. Mart. bezeichneten. Die besondere Bezifferung eines Tags ist aber das entschiedenste Zeichen der Anerkennung desselben als eines individuellen und selbständigen Zeittheils und die in jener numerischen Bezeichnung sich aussprechende moderne Auffassung des Schalttags hat der juristischen Berechnung und Behandlung des Schalttags zu Grunde gelegen, wenn man sich nicht in diesem Punkt, der zunächst gar nicht juristischer Natur ist, durch Festhaltung an der uns fremd gewordenen römischen Auffassung in schroffen Widerspruch mit dem täglichen Leben setzen will. Von diesem Standpunkt aus, daß id biduum non pro uno die habetur, ergibt sich für die juristische Behandlung des Schalttags Folgendes:

1) Fällt ein Schalttag in den Lauf eines Zeitraums, und ist dieser Zeitraum nach Tagen bestimmt, so wird der Schalttag als besonderer Tag mitgerechnet, die Frist mag durch das Gesetz,

38) Dagegen läßt sich auch aus gar vielen Gründen nicht das canon. Recht anführen, welches allerdings in c. 14 X de V. S. sagt: Ipsum autem festum (b. Mathiae) sive fiat in praecedenti die sive in sequenti, qui duo quasi pro uno reputantur, nullus error, sed consuetudo Ecclesiae teneatur. — Wenn Savigny S. 475 fg. meint, daß der Umstand, daß in unseren Kalendern der Schalttag als ein besonderer Tag anerkannt sei, „gleichgültig und dem Wesen des Kalenders fremd sei", so ist dagegen zu bemerken, daß jener Umstand allerdings dem Wesen des Kalenders fremd sei, da nach wie vor der Schalttag am selben Ort eingeschaltet wird, daß aber jener Umstand für die juristische Behandlung des Schalttags nichts weniger als gleichgültig sei.

den Richter oder die Parteien festgesetzt sein[39]. Ganz das Gleiche gilt, wenn ein Zeitraum nach Monaten bestimmt ist und in den Lauf desselben ein Schalttag fällt[40], und ebenso muß, wenn eine Frist nach Wochen bestimmt ist, der Schalttag unzweifelhaft als ein besonderer Tag gerechnet werden, weil er einen besondern Wochentag ausmacht. Anders sollte es sich verhalten, wenn in einen nach Jahren bestimmten Zeitraum ein oder mehrere Schalttage fallen: in diesem Fall sollten die Schalttage gar nicht berücksichtigt werden, sie sollten außer Ansatz bleiben, gar nicht in Anschlag und Berechnung kommen, so daß das Ende eines nach Jahren bestimmten Zeitraums durch die zutretenden Schalttage nicht früher herbeigeführt, der Ablauf einer solchen Frist also durch die einfallenden Schalttage nicht geändert würde. Diese Nichtberücksichtigung der Schalttage bei der Berechnung von gesetzlichen nach Jahren bestimmten Zeiträumen wäre dann nicht etwa als die Folge des (angeblich auch heut zu Tage geltenden) Princips, daß der Schalttag und der folgende Tag stets als Ein Tag anzusehen seien, anzusehen, sondern eine selbständige unabhängig dastehende Thatsache[41], welche sich daraus

39) Wenn daher z. B. jemand am 23. Febr. eines Schaltjahrs eine bewegliche Sache auf Probe kauft, so wird in die gesetzliche Probezeit von 3 Tagen (§. 1082 a. b. G. B.) allerdings auch der 24. Februar einzurechnen sein; anders nach röm. Recht, wonach zwar bei vertragsmäßigen, nicht aber bei gesetzlichen und richterlichen Fristen, der Schalttag als besonderer Tag behandelt wurde l. 2 D. de div. temp. praesc. (44, 3) vgl. Savigny S. 469 fg., Groening p. 32 sq., Vangerow S. 395; dem heutigen Recht jedoch entspricht die im Text angegebene Behandlung (die auch schon die ältere Schule vertheidigte vgl. die bei Savigny §. 193 Note i angef. Schriftsteller) vgl. Wächter II §. 121 Nr. IV.

40) Hat das Gesetz eine Frist nach Monaten vorgeschrieben, so sind x mal 30 Tage zu nehmen und in diese ist auch der Schalttag einzurechnen (a. A. sind wohl mit Unrecht Winiwarter in der angef. Abh. S. 331 und Stubenrauch S. 78 vgl. unten Note 44); haben Parteien oder der Richter die Frist nach Monaten festgesetzt, so kommt es ohnehin nicht auf das Quantum von Tagen an (vgl. vorherg. § Note 12), sondern auf die Wiederkehr des gleichen Datums. Nach röm. Recht wird bei einer gesetzlichen oder richterlichen Frist nach Monaten der Schalttag nicht besonders gerechnet vgl. die in der vorigen Note angef. Schriftsteller.

41) Von diesem Standpunkt aus läßt sich der Vorwurf der Inconsequenz, den Savigny S. 476 gegen eine solche verschiedene Behandlungsweise des Schalttags erhoben hat, mit Leichtigkeit zurückzuweisen. Freilich, geht man von dem leitenden Princip aus, daß der Schalttag mit dem vorhergehenden Tag stets für Einen zu halten sei, dann ist die Irrelevanz des Schalttags bei der Berechnung von Jahresfristen eine einfache Folge desselben, indem dann in der That 366 Tage=365 Tagen sind. Allein es liegt sicher kein Widerspruch darin, einerseits

erklären würde, daß die Schalttage bestimmt sind, die Nichtübereinstimmung des Kalenderjahrs mit dem astronomischen Jahr auszugleichen, daß durch die Nichtberücksichtigung der Schalttage ein längerer nach Jahren bestimmter Zeitraum in der That die Dauer erhält, welche er nach astronomischen Berechnungen eben haben soll, so daß dadurch zugleich die Berechnung eines solchen Zeitraums in passender Weise erleichtert wird, indem man immer und ohne weiters als letzten Tag der Frist den dem gleichnummerigen Kalendertag vorhergehenden (resp. bei der verlängernden Rechnungsweise den wiederkehrenden Kalendertag) erhält [41a]. Diese Nichtberücksichtigung der Schalttage, welche in den Lauf eines Zeitraums fallen, der nach Jahren berechnet ist, findet jedoch nach österreichischem Recht in der Regel (Note 43 a. E.) nicht statt [42]: es werden vielmehr die Schalttage bei der Berechnung von durch das Gesetz [43] bestimmten Jahresfristen mitgezählt, so daß eine solche Frist wegen der einfallenden Schalttage um einige Tage früher abläuft. Diese Berücksichtigung der Schalttage bei der Berechnung von Jahresfristen ergibt sich aus der Bestimmung des §. 902, indem hiernach 365 Tage immer und ohne Rücksicht auf ein Schaltjahr, ein Jahr

---

zu behaupten, daß der Schalttag als besonderer individueller Tag zu betrachten sei, und andererseits zu behaupten, daß der Schalttag bei der Berechnung von Jahresfristen, in deren Lauf er fällt, nicht berücksichtigt, nicht mitgezählt werde, also einerseits die Sonderexistenz des Schalttags anzuerkennen, andererseits seine Einrechnung bei Jahresfristen auszuschließen.

41a) Diese Behandlungsweise des Schalttags könnte durch die einfache gesetzliche Bestimmung, daß „das Jahr nach dem Kalender (Datum) gerechnet werde", erreicht werden.

42) Anders nach preußischem Recht, welches in treffender Weise die Bestimmung enthält, daß „durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage die Verjährungszeit nicht geändert werde" (I 9 §. 548), eine Bestimmung, woraus Koch I §. 222 und Savigny S. 476. 477 wohl mit Unrecht für das preußische Recht die Regel ableiten wollen: id biduum pro uno die habetur, während daraus doch nur folgt, daß bei Berechnung von Jahreszeiträumen, in deren Lauf Schalttage fallen, diese nicht berücksichtigt werden. — In der angegebenen Weise dürfte wohl auch für das heutige gemeine Recht vorzugehen sei.

43) Bei Fristen, welche die Parteien in Rechtsgeschäften bestimmen, kann ohnehin die Frage, ob der Schalttag mitzuzählen sei oder nicht, gar nicht in Frage kommen, da in solchen Fällen das Jahr nach dem Datum berechnet wird (Kalenderjahr in diesem Sinn); so z. B. geht die Jahresmiethe eines Hauses, die in einem Schaltjahr den 1. Jänner begonnen hat, nicht etwa mit dem 30. December zu Ende; so ist ein Wechsel, der in einem Schaltjahr den 1. Februar ein Jahr a dato zahlbar ausgestellt wurde, im nächsten Jahr den 1. Februar, nicht etwa den 31. Jänner

ausmachen und der Schalttag nach österreichischem Recht unzweifelhaft als ein besonderer Tag anzusehen ist[44]. Es wird daher z. B. bei einer Ersitzung oder Verjährung immer Rücksicht auf die einfallenden Schalttage zu nehmen sein und die Frist um diese Tage früher ablaufen[45]. Wie wenig aber diese Mitzählung der Schalttage der Natur der Sache und dem Vorgang des bürgerlichen Lebens gemäß sei, ergibt sich daraus, daß es Niemanden einfällt, seinen Geburtstag in einem Schaltjahr um einen Tag früher anzusetzen, und daß man bei der Berechnung des Tags, an dem jemand volljährig wird, niemals die Schalttage in Abzug bringt, sondern dieselben einfach ignorirt.

2) Bildet der Schalttag den Anfang oder den Schluß eines Zeitraums, oder den Tag, an dem eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist, so ist er durchaus wie jeder andere Tag von 24 Stunden zu behan-

---

verfallen (W. O. Art. 32 Abs. 2); in gleicher Weise ist die Bestimmung des Art. VIII des Kundmachgsp. zum Strafg. v. 1852 zu verstehen (vgl. Hye Comm. I S. 128) und auch bei der Bemessung der Schutzfrist des literarischen und artistischen Eigenthums (Gesetz vom 19. Oct. 1846 Art. 13. 14) ist nach Kalenderjahren zu rechnen, also auf die einfallenden Schalttage keine Rücksicht zu nehmen.

44) Manche österreichische Schriftsteller (z. B. Winiwarter in der angef. Abh. S. 330, Stubenrauch III S. 78) behaupten, daß auch nach österr. Recht bei der Berechnung von Monats- oder Jahreszeiträumen der Schalttag mit dem folgenden Tag als Einer angesehen werde (eine Regel, welche übrigens diese Schriftsteller, insbesondere Winiwarter, nicht consequent durchführen), und zwar soll dieß aus dem §. 902 a. b. G. B. folgen, „da 365 Tage für Ein Jahr gehalten werden, ohne gemeine und Schaltjahre zu unterscheiden"; allein diese Interpretation ist wohl eine willkürliche, da aus der Bestimmung des §. 902 a. b. G. B. vielmehr gerade umgekehrt folgt, daß Schaltjahre nicht berücksichtigt werden, sondern für die juristische Berechnung immer je 365 Tage ein Jahr ausmachen, daß also wie der Monat, abgesehen von der individuellen Kalenderlänge, zu 30 Tagen, so das Jahr, ohne zwischen Gemein- und Schaltjahren zu unterscheiden, immer nur aus 365 (also nie aus 366) Tagen bestehe, daß also immer schon 365 Tage ein Jahr ausmachen. In diesem Sinn sagt auch Zeiller III S. 88: „Die Tage werden mit Einschluß der Nacht zu 24 Stunden, die Monate, ungeachtet ihrer Verschiedenheit, zu 30 Tagen, das Jahr, ohne Rücksicht auf ein Schaltjahr, zu 365 Tagen, zur leichteren (?) gleichförmigen Berechnung angenommen." (Dieß ist übrigens Alles, was Zeiller über die schwierige Frage der Zeitberechnung sagt; mit der wörtlichen Wiedergabe dieser lakonischen Bemerkung begnügt sich Nippel VI S. 116.)

45) Eine 30jährige Ersitzung oder Verjährung, welche am 1. Jänner 1840 begonnen hat, wird daher nicht mit Ablauf des 31. Decembers 1869, sondern wegen der zutretenden 8 Schalttage schon mit Ablauf des 23. Decembers beendet sein. A. A. ist natürlich Winiwarter in der angef. Abh. S. 330 vgl. aber dagegen auch Pachmann Verjährung §. 19 Note 4. (Diese Berechnung befolgt Westphal §§. 595. 812 mit Unrecht auch für das gemeine Recht.)

deln und nicht etwa mit dem folgenden Tag als Ein Tag von 48 Stunden anzusehen. Wenn daher der Anfang einer Jahresfrist in den 25. Februar eines Schaltjahrs fällt, so ist in einem Gemeinjahr (bei der regelmäßigen Rechnungsweise) das Ende der Frist der 24. Februar, nicht etwa der 23. Februar, und fällt der Anfang einer Jahresfrist in den 24. Februar eines Schaltjahrs, so ist das Ende der Frist in einem Gemeinjahr wie in einem Schaltjahr der 23. Februar. Zwei Personen, von denen die eine am 24. die andere am 25. Februar eines Schaltjahrs geboren sind, haben daher ihr ganzes Leben lang einen verschiedenen Geburtstag[46], und von zwei Wechseln, deren einer am 24. Februar, der andere am 25. Februar eines Schaltjahrs „zahlbar ein Jahr a dato" ausgestellt wurde, verfällt der eine am 24. der andere am 25. Februar des nächsten Jahrs (also nicht etwa beide am 24. Februar des nächsten Jahrs)[47]. Fällt das Ende einer Frist in den 24. Februar eines Schaltjahrs, so ist die Frist abgelaufen mit der Mitternacht vom 24. Februar auf den 25., nicht etwa mit der Mitternacht vom 25. auf den 26. Februar[48], und wer seine Verbindlichkeit an einem bestimmten Tag zu erfüllen hat, der muß, wenn dieser Tag auf den 24. Februar eines Schaltjahrs fällt, im Lauf des 24. dieselbe erfüllen, so daß seine Erfüllung im Lauf des 25. Februar des Schaltjahrs als eine verspätete erschiene[49]; fällt das Ende einer Frist in den 25. Februar eines Schaltjahrs, so ist die Frist nicht etwa mit dem Beginn des 24. Februars, sondern erst mit dem Beginn des 25. erreicht[50].

---

46) Gerade das Umgekehrte gilt nach röm. Recht wegen des Grundsatzes id biduum pro uno die habetur; l. 98 pr. D. de V. S. Cum bisextum Calendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Calendas ejus natalis dies est l. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4), vgl. Savigny §. 194 Note e.

47) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller müßten consequent behaupten, daß ein am 25. Februar eines Schaltjahrs 1 Jahr a dato zahlbar ausgestellter Wechsel am 24. Februar des nächsten Jahres verfalle, vgl. dagegen W. O. Art. 32 Abs. 2.

48) Hat daher eine dreijährige Acquisitiv- oder Extinktivverjährung am 25. Februar eines Gemeinjahres begonnen, so ist sie nach österr. Recht mit dem letzten Augenblick des 24. Februars des Schaltjahrs abgelaufen.

49) In gleicher Weise ist ein am 24. Februar des Gemeinjahrs 1855 ein Jahr a dato zahlbar ausgestellter Wechsel am 24. Februar des Schaltjahrs 1856 (nicht etwa am 25. Febr.) verfallen.

50) Ganz anders sind all die angegebenen Fälle nach röm. Recht zu entschei-

3) Da der Schalttag mit dem darauf folgenden Tag nicht für Einen angesehen wird, so ergibt sich daraus, daß man für die juristische Behandlung und Berechnung[50a] als den dem 26. 27. 28. 29. Februar eines Schaltjahrs correspondirenden Tag nicht etwa den 25. 26. 27. 28. Februar des Gemeinjahrs und umgekehrt ansehen darf[51]. Eine Ersitzung, die am 27. Februar eines Gemeinjahrs begonnen hat, wird daher, wenn sie in dem nächsten Schaltjahr zu Ende geht, mit dem Ablauf des 26. nicht etwa des 27. Februars vollendet; jemand, der in einem Schaltjahr oder in einem Gemeinjahr den 28. Februar geboren ist, hat stets, im Gemein- wie im Schaltjahr, den 28. Februar zu seinem Geburtsjahr, und ein am 27. Februar eines Schalt- oder Gemeinjahrs ausgestellter x Jahre a dato zahlbarer Wechsel wird stets, im Gemein- wie im Schaltjahr, den 27. Februar fällig[52]. In dem Fall, daß eine nach dem Datum zu berechnende Jahresfrist in einem Schaltjahr am 29. Februar beginnt und in einem Gemeinjahr, das nur 28 Februartage hat, endet, bleibt nichts anderes übrig, als (analog dem Vorgang in §. 104 Note 12) den 28. Februar des Gemeinjahrs als den dem 29. Februar des Schaltjahrs correspondirenden Tag anzusehen[53], so daß ein Wechsel, der am 29. Februar eines Schaltjahrs zahlbar x Jahre a dato ausgestellt wurde, in einem Gemeinjahr am 28. (in einem Schaltjahr am 29. Februar) verfällt[54], und daß ein Mensch, der

---

den, vgl. Savigny S. 472—474; mit Unrecht will Stubenrauch III S. 78 für das österr. Recht die römische Berechnung anwenden.

50a) Anders verhält es sich in Beziehung auf den Kalender, indem wegen der Einschaltung des 24. der 25. Februar des Schaltjahrs dem 24. Februar des Gemeinjahrs, der 26. dem 25. u. s. f. correspondirt, was sich auch bei den auf die Tage fallenden Namen zeigt, so fällt z. B. Leander in einem Gemeinjahr auf den 27., in einem Schaltjahr auf den 28. Februar.

51) Dieß hat schon Winiwarter in der angef. Abh. S. 332. 333 mit Recht bemerkt (s. jedoch Note 53); vgl. auch Beseler I §. 51 Note 4.

52) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller müßten behaupten, daß ein in einem Schaltjahr den 25. 26. 27. 28 oder 29. Februar x Jahre a dato ausgestellter Wechsel in einem Gemeinjahr den 24. 25. 26. 27. oder 28. Februar und umgekehrt verfalle; vgl. dagegen W. O. Art. 32 Abs. 2.

53) Dieß bestimmt auch mit Recht der sächs. Entw. §. 105. — Es wäre aber unrichtig, mit Winiwarter S. 332. 333 hieraus die Behauptung ableiten zu wollen, daß der 29. Febr. mit dem 28. zuweilen für Einen Tag gerechnet werde.

54) Das A. L. R. II §. 859 bestimmt dieß ausdrücklich, es ergibt sich aber ebenso aus W. O. Art. 32 Abs. 2.

am 29. Februar geboren ist, in einem Schaltjahr am 29. Februar, in einem Gemeinjahr dagegen am 28. Februar seinen Geburtstag hat.

B. Berechnung des Laufs eines Zeitraums. Der Zeitraum wird entweder als eine ununterbrochene Reihe von Zeittheilen behandelt, so daß er aus zusammenhängenden Momenten besteht und jeder in denselben fallende Tag ohne Ausnahme (continui dies) gerechnet wird[55] (tempus continuum, fortlaufende, stete Zeit), oder der Zeitraum wird mit Rücksicht auf gewisse Hindernisse der Vornahme einer (gerichtlichen) Handlung berechnet, so daß nur diejenigen Tage gerechnet werden, an denen diese Hindernisse nicht bestehen (dies utiles), also die zur Vornahme der fraglichen Handlung ungeeigneten Tage nicht in Rechnung kommen, sondern für jeden in den Zeitraum fallenden Verhinderungstag derselbe um einen Tag verlängert wird (tempus utile s. g. nützliche, zusammengesetzte Zeit[56]). Nach österreichischem Recht wird die Zeit stets als fortlaufende (tempus continuum) behandelt, so daß die gemeinrechtliche Lehre vom utile tempus ganz unpraktisch ist[57]. Nicht zu verwechseln hiermit ist es, daß in manchen Fällen der Anfang der dann continuo laufenden Zeitfrist wegen Unbekanntschaft des zum Handeln Berufenen mit dem betreffenden Umstand hinausgeschoben wird: ein (irrigerweise so genanntes) tempus utile in diesem Sinn (s. g. tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus[58]) gibt es

55) Mit dem Wesen des continuum tempus verträgt sich immerhin der Begriff der praescriptio dormiens (§§. 1494—1496 a. b. G. B., vgl. Puchta Vorl. I S. 173), daher man deßhalb nicht von einem tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus sprechen darf (Böcking I §. 122 Note 35).

56) Von ältern Schriftstellern vgl. Gmelin Über die stete und zusammengesetzte Zeit nach röm. Rechtsprincipien im krit. Arch. Bd II (1802) S. 193—244, Glück Bd III §. 269a, von neueren Unterholzner I §. 87 und insbes. Savigny System IV §§. 189—191 III S. 410—417.

57) Ebenso nach preuß. Recht vgl. Koch I §. 221 a. E. — Ganz singulärer Natur ist die Bestimmung, daß in die richterlichen Prozeßfristen, welche 14 Tage oder weniger betragen, die Ferialtage (§. 376 A. G. O.) nach der A. G. O. §§. 378. 379 nicht eingerechnet werden: die anderen Tage könnte man dies utiles nennen und insofern von einem tempus utile sprechen (anders nach der gal. G. O. §. 525 und wieder anders nach der ungar. G. O. §§. 90. 590; vgl. Beidtel Das ordentliche Verfahren in Streitsachen §. 92 Note 3).

58) Dieß ist die Bezeichnung, welche die ältere Doctrin (vgl. z. B. Glück S. 560 fg., Höpfner §. 666) wählte, die das Nichtwissen von der Zuständigkeit der Handlung zum Begriff des tempus utile rechnete und hiernach (in unpassen=

allerdings auch nach österreichischem Recht (vgl. z. B. §§. 201. 155—159. 1489 a. b. G. B. s. oben §. 77 Note 31)[59], aber dieß ist, wie heut zu Tage allgemein anerkannt wird, in der That gar nicht ein tempus continuum, indem die Frist von dem Zeitpunkt an, in welchem die betreffende Person von dem gewissen Umstand Kenntniß erlangt, ununterbrochen fortläuft.

Zwanzigstes Capitel.

Von der Entstehung und Endigung der Privilegien.

§. 107. Es handelt sich hier[1] nur um Privilegien im eigentlichen und subjectiven Sinn[2] (Bd I §. 65 lit. B) und zwar um solche

---

der und verwirrender Weise) eine vierfache Unterscheidung des tempus combinirte; vgl. dagegen insbes. Savigny IV S. 446 fg., Puchta Vorles. I S. 174, Böcking I §. 122 §. o.

59) Auch das ältere deutsche Recht hat ein solches s. g. tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus gekannt, indem in der Regel die gesetzliche Frist erst von dem Tag an lief, wo der Betreffende Kenntniß von der fraglichen Thatsache hat (a tempore scientiae) oder doch hätte haben können und sollen, vgl. Albrecht Die Gewere S. 114. 115, Homeyer Sachsensp. II 2 S. 469 fg., Platner II S. 257 fg. Das ältere deutsche Recht hat aber auch ein wahres tempus utile gekannt, indem in die Verjährungszeit von Jahr und Tag die Tage nicht eingerechnet wurden, an denen der Berechtigte durch „echte Noth" (d. i. insbesondere Gefangenschaft, Krankheit, Gottes-, Reichs- und Herrendienst) verhindert war, seine Ansprüche geltend zu machen Ssp. I 38, Unterholzner I §. 89, Platner II S. 261 fg.

1) Mit Unrecht handelt Wächter II §. 122 unter der Überschrift „Vom Erwerb und Verlust der singulären Rechte und Privilegien" (im subjectiven Sinn) auch von der Entstehung und Endigung des singulären Rechts im objectiven Sinn.

2) Gegen die „factische Ausdehnung des Privilegs neben richtiger begrifflicher Beschränkung", gegen „die Subsumtionen unter die an sich richtige Begriffsbestimmung des Privilegs", wie sie sich Bd I S. 53 dieses Werks finden, hat Chambon in seiner in den Österr. Blättern für Literatur und Kunst 1856 veröffentlichten vielfach belehrenden Anzeige (Nr. 22) einen beachtenswerthen Widerspruch erhoben, dem Harum im Magazin Bd XV (1857) S. 241. 242 unter schärferer Formulirung des den Ausführungen Chambon's zu Grunde liegenden Princips beigepflichtet hat. Dieses Princip wird in folgender Weise angegeben (Harum S. 241): „Jeder allgemeine Rechtssatz ist an gewisse factische Voraussetzungen geknüpft: dies (?) kann entweder in der Weise stattfinden, daß mit dem Vorhandensein jener

Privilegien, welche in concreten Rechten bestehen, die einem bestimmten (persönlichen oder sachlichen) Subject durch ein Privilegium im objectiven Sinn verliehen sind (vgl. Bd I §. 65 Note 45).

Voraussetzungen die betreffende Norm von selbst in concreto wirksam wird, oder daß diese Wirksamkeit noch an eine vorläufige amtliche Constatirung jener Voraussetzungen gebunden ist. Die in letzterem Fall zur Wirksamkeit der Rechtsnorm in concreto erforderliche causae cognitio ändert an ihrer Natur als einer allgemeinen Rechtsnorm nichts und macht sie noch nicht zu einem Privilegium. Sobald also durch ein Gesetz die Bedingungen festgestellt sind, unter welchen jemandem ein gewisses Ausnahmsrecht zukommen soll, so ist dasselbe ein allgemeines Recht und kein Privilegium, wenn es gleich noch von dem zuerkennenden Ausspruch einer Behörde abhängig gemacht wird. Nur wenn eine Behörde ermächtigt ist, nach freiem eigenem Ermessen Ausnahmen vom bestehenden Recht von Fall zu Fall eintreten zu lassen, kann sie wirkliche Privilegien ertheilen." Hieraus wird gefolgert, daß die Ertheilung der venia aetatis nach der Bestimmung des Gesetzb. kein Privilegium sei (Chambon S. 170, Harum S. 241; ebenso Berger Kritische Beiträge zur Theorie des österr. allgem. Privatr. 1856 S. 137. 138) und daß „auch die vom Handelsministerium ertheilten Industrieprivilegien nicht Privilegien in diesem Sinn seien, da das Patent v. 15. Aug. 1852 den allgemeinen Rechtssatz enthält, daß jeder unter gewissen Bedingungen eine solche Befugniß auszusprechen berechtigt sei und die Verleihung des Handelsministeriums nur die Bedeutung der Constatirung des Vorhandenseins jener Bedingungen habe; hingegen sei die Dispens von Ehehindernissen nach §. 83 a. b. G. B. durch die politischen Behörden ein wirkliches Privilegium, weil hier keine allgemeinen factischen Voraussetzungen gemacht seien, unter welchen die Dispens ertheilt werden solle" (Harum S. 241. 242.) — Gegen diese Einwendung und Ausführung ist Folgendes zu bemerken. Der Umstand, daß die delegirte Behörde ein Recht nach freiem Ermessen oder unter gewissen Voraussetzungen zu ertheilen hat, kann auf die Qualität des verliehenen Rechts als eines Privilegiums keinen Einfluß haben, da das charakteristische Kriterium des Privilegs darin besteht, daß es nicht ein durch Verwirklichung gewisser Thatsachen kraft allgemeiner Rechtsvorschrift erzeugtes, sondern ein vom Monarchen oder der hierzu ermächtigten Behörde ertheiltes, verliehenes ist. Daß nun die delegirte Behörde verbunden ist, unter gewissen Bedingungen das fragliche Recht zu ertheilen, ändert nichts an der Thatsache, daß jenes Recht ein ertheiltes ist: die Freiheit oder Gebundenheit des Ermessens bei der Verleihung vermag an der Thatsache der Verleihung nichts zu ändern. Die Verpflichtung der delegirten Behörde unter gewissen Voraussetzungen dem Ansuchenden ein Recht zu verleihen, ist eine Verpflichtung dem Delegirenden gegenüber, der bei der Ermächtigung der Behörde Privilegien zu ertheilen, ihrer Willkür eine Schranke setzen wollte und deßhalb gewisse negative und positive Voraussetzungen für die Ertheilung des Privilegiums vorschrieb: eine solche Vorschrift hat also keinen andern Sinn, als daß die delegirte Behörde unter gewissen Voraussetzungen berechtigt und verpflichtet sei, dem darum Ansuchenden das fragliche Recht statt des Gesetzgebers durch eine individuelle Norm zu verleihen. Der Irrthum in jener Auffassung besteht somit darin, die Bedingungen, unter welchen die Behörde verpflichtet ist, das Recht zu verleihen, als die rechtserzeugenden Thatsachen, und den Ausspruch der Behörde als die bloße Constatirung des Vorhandenseins jener Bedingungen anzusehen,

I. Privilegien werden erworben durch Verleihung von Seite des Monarchen oder durch Ertheilung von der hierzu befugten Behörde[3]. Es ist bereits früher (Bd I S. 592 fg.) hervorgehoben

während doch der Ausspruch der Behörde nicht ein declaratorischer sondern ein constitutiver, nicht eine bloße causae cognitio, sondern ein decretum (praevia causae cognitione) ist, und mit dem Vorhandensein jener Bedingungen dem betreffenden Individuum nicht das Recht (praevia causae cognitione) zusteht, sondern nur die Voraussetzung gegeben ist, unter welcher derselbe mit Aussicht auf Erfolg und Verleihung des Rechts ansuchen und die Behörde nach vorhergegangener Prüfung der Existenz der Bedingungen dasselbe ertheilen kann. (Daher heißt es auch in §. 1 des angeführten Patents, ausschließendes Privilegium könne unter gewissen Bedingungen ertheilt werden vgl. auch §. 9 lit. c. §. 25 daselbst.) — Noch mißlicher als mit jenem Princip steht es mit den angeführten Beispielen. Die Ertheilung der venia aetatis soll kein Privilegium sein: aber handelt die Gerichtsbehörde hier etwa nicht „nach freiem eigenem Ermessen"? Der §. 252 a. b. G. B. enthält ja nur die (negative) Beschränkung, daß der Minderjährige, dem die venia aetatis ertheilt werden soll, bereits das 20. Jahr zurückgelegt haben muß; im Übrigen hat die Behörde völlig freie Hand — „das vormundschaftliche Gericht kann nach eingeholtem Gutachten des Vormunds und allenfalls auch der nächsten Verwandten die Nachsicht des Alters verwilligen" (vgl. Zeiller I S. 515) — wo ist hier die bloße „Constatirung des Vorhandenseins jener Bedingungen", unter denen jemanden das Ausnahmerecht von selbst zukommen soll? (Berger S. 137 will in der Ertheilung der venia aetatis durch die Gerichtsbehörden sogar „die Anwendung bestehender Gesetze" sehen — als ob es sich hier um die Subsumtion eines Rechtsfalls unter ein Gesetz handelte! — und führt als Gegenargument an, daß „ja unter den vom Gesetz ausgesprochenen Bedingungen die Großjährigkeitserklärung von den Gerichtsbehörden nicht bloß einem einzelnen bestimmten Minderjährigen, sondern überhaupt den Minderjährigen zu ertheilen sei" — als ob einestheils die Gerichte verpflichtet wären, jedem 20jährigen Minderjährigen die venia aetatis zu ertheilen, und als ob andererseits die venia aetatis nicht dem „einzelnen bestimmten Minderjährigen" als solchem und für seine Person verliehen werden müßte! In der That „das ist mehr, als wir" — und wohl auch als Andere — „begreifen"!) Ganz unpassend ist das Beispiel, welches Chambon S. 171 anführt: „wenn neuerbaute Häuser eine Reihe von Jahren hindurch gesetzlich steuerfrei sind und der Richter erkennt bei vorkommendem Zweifel einem Hause diese Steuerfreiheit zu, so ist dieß kein Privileg" — das hat aber auch niemand behauptet; es liegt ja auf der Hand, daß es sich in diesem Fall um ein jus singulare im weitern Sinn handelt (Bd I S. 581) und daß der Ausspruch des Richters hier rein declaratorischer Natur ist. Dieses Beispiel ist recht geeignet, den Irrthum jener Auffassung aufzudecken: das Privilegium im weitern Sinn (Bd I §. 65 A) steht von selbst zu, sobald sich die gesetzlichen Bedingungen verwirklicht haben, mag immerhin auch noch eine causae cognitio der Behörde erforderlich sein: das Privilegium im eigentlichen Sinn aber geht erst aus der Verleihung desselben hervor, mögen immerhin für diese Verleihung allgemeine Vorschriften gegeben sein.

3) Gegen die Verwerfung der Annahme von s. g. privilegia conventionalia (Bd I §. 65 Note 28) hat sich gleichfalls Chambon a. a. O. S. 171 erklärt: wie ich glaube, mit Unrecht. Der Ertheilung des Privilegiums können vertrags=

worden, daß die Privilegien nicht eine eigene Classe von Rechten mit selbständigem eigenthümlichen Inhalt bilden, sondern daß die verschiedenartigsten Rechte den Inhalt eines Privilegiums bilden können, dessen charakteristisches Kriterium nur in dem eigenthümlichen Modus der Entstehung besteht. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die besonders in der österreichischen Literatur[4] so vielfach besprochene Frage, ob Privilegien durch Ersitzung[5] erworben werden können, keiner Beantwortung fähig ist, weil sie einen inneren Widerspruch enthält[5a]. Versteht man unter Privilegien im subjectiven Sinn ein Recht, welches aus einem Privilegium im objectiven Sinn ent-

---

mäßige Verhandlungen vorausgehen; ebenso kann aus dem verliehenen und angenommenen Privilegium ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Staat und dem Privilegirten hervorgehen, wodurch jener wie dieser Verpflichtungen übernehmen mag: dennoch aber geht das Privilegium (im subjectiven Sinn) niemals aus einem Vertrag hervor, sondern verdankt stets einem einseitigen gesetzgeberischen Act seine Existenz. Treffend bemerkt Puchta Vorles. I S. 73: „Die Entstehung des Privilegiums ist immer ein einseitiger Act. Annahme ist nöthig, aber sie ist nicht der Grund der Erwerbung. — Zwischen Regenten und Unterthanen sind Verträge über Privatrechte nur möglich, insofern jener als Privatus gedacht wird. Als solcher kann er aber bei der Ertheilung eines Privilegiums nicht gedacht werden."

4) Vgl. Schuster Comment. I S. 206 fg. (welcher S. 208 behauptet, daß zwar „bei den Römern Privilegien durch Verjährung erworben werden konnten, nicht aber bei uns," S. 206 und 207 wieder die Privilegien im weitern und objectiven Sinn mit hereinzieht, den §. 10 a. b. G. B. irrigerweise auch auf Gewohnheitsrecht im subjectiven Sinn bezieht und S. 209 willkürliche Distinctionen macht), Nippel I S. 112 Nr. 9 (der im Wesentlichen Schuster's Ausführungen folgt), Winiwarter Comment. V §. 109, Grebler Über die Ersitzung und Verjährung der Privilegien 1830 (8°. 25 SS.; vgl. dazu die Recension in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 III S. 208 fg.), Ellinger Handb. ad §. 1455. — Von gemeinrechtlichen Schriftstellern vgl. insbes. Hufeland Geist des röm. Rechts I S. 262 fg.

5) Gemeinrechtlich findet auch in Ansehung von Privilegien die Immemorialverjährung (unvordenkliche Zeit) statt (vgl. Puchta §. 31 und Vorles. I S. 73, Hufeland I S. 264, Kori Verjähr. §. 84, Seuffert §. 21 Note 5, Schlayer in der Bd I §. 65 Note 25 angef. Abh. S. 74 fg.): allein man kann nicht sagen, daß ein Privilegium durch unvordenkliche Verjährung erworben werde, indem durch unvordenkliche Zeit nur der Beweis der Concession ersetzt, also nur die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß vorlängst die Ertheilung des Privilegiums stattgefunden habe, vgl. oben §. 104 Note 22. — Das österr. Recht kennt die Immemorialverjährung überhaupt nicht, und der ganze Gang der Privilegiengesetzgebung zeigt deutlich, daß man bei allen Privilegien die ursprüngliche Verleihung in Evidenz halten wollte (vgl. Hofdecret 25. Mai 1795 und Schuster und Winiwarter a. a. O.) und will (vgl. z. B. auch das Industrieprivilegiengesetz vom 15. August 1852 und Text Nr. 5).

5a) Vgl. auch Grebler in der angef. Schrift S. 8 fg.

springt, wie kann man da noch fragen, ob ein Privilegium auf andere Weise entstehen könne? Die Frage, ob man ein Privilegium anders als durch Privilegiumsertheilung erwerben könne, ist nicht zu lösen, sondern vielmehr gar nicht zu stellen. Soll jene Frage dennoch einen Sinn haben, so muß sie dahin verstanden werden, ob ein Recht, welches durch Privilegium erworben werden kann, insbesondere ein Recht, welches regelmäßig im Weg der Privilegiumsertheilung (also nicht durch einen Privaterwerbsact) entsteht, auch auf andere Weise und zwar insbesondere durch fortgesetzte Ausübung seines Inhalts (Ersitzung) erworben werden könne[6]. Diese Frage kann aber selbstverständlich nicht aus dem Begriff des Privilegiums beantwortet werden, sondern muß ihre Lösung durch Erforschung der Natur des fraglichen Rechts[7] und durch Berücksichtigung der Grundsätze der Landesgesetzgebung[8] über die betreffende Materie finden[9].

---

6) Die Frage also z. B. ob Industrieprivilegien auch durch Ersitzung erworben werden können, muß dahin verstanden werden, ob das ausschließliche Recht eine Erfindung zu benützen u. s. f. auch auf andere Weise als durch Privilegiumsertheilung entstehen könne; ebenso ist die Frage, ob man das Privilegium der Steuerfreiheit, Handel zu treiben u. s. f. durch Ersitzung erwerben könne, dahin zu verstehen, ob man die Befreiung von der Steuerpflicht, das Befugniß Handel zu treiben auch auf anderem Weg als durch Concession erlangen könne. Da man in Österreich die s. g. regalia accidentalia ersitzen kann (§. 1457 a. b. G. B.), so muß man sagen, daß die Gerechtigkeiten aus Regalien auf doppeltem Weg 1) durch Verleihung (Regierungsact), 2) durch Ersitzung (Privatact) erworben werden können (vgl. oben §. 104 Nr. I 1).

7) So z. B. können Eigenthum, Servituten, Forderungsrechte, Bannrechte u. s. f. (Bd I S. 592) durch Privilegium bestellt werden: es ist aber aus der Natur dieser Rechte selbständig zu beurtheilen, ob sie durch Ersitzung erworben werden können, vgl. Hufeland I S. 263.

8) So z. B. kann nach den Principien des österr. Handels- und Gewerberechts in jenen Ländern, wo Gewerbefreiheit nicht gilt, die Handelsbefugniß nur auf dem Weg der Concession erworben werden (vgl. Fischer Lehrb. des österr. Handelsrechts 3. Aufl. §. 9 fg.); ebenso kann ein ausschließendes Recht zur Benützung einer Erfindung oder die Steuerimmunität nur durch Privilegium erworben werden.

9) Eine andere Frage, welche unsere Schriftsteller gleichfalls lebhaft beschäftigt, ist die, ob ein frei übertragbares Privilegium (Bd I S. 592) dem Privilegirten gegenüber von einem Dritten durch Ersitzung erworben werden könne, ob also eine s. g. translative Ersitzung statthaft sei, eine Frage, welche Manche zu bejahen geneigt sind (vgl. z. B. Nippel I S. 143, Turba in d. Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 121. 122, Ellinger ad §. 1455, Gredler in der angef. Abh. S. 13 fg., ebenso Kori §. 34; dagegen jedoch Winiwarter V §. 109, Wessely in der Recension der Gredler'schen Schrift). Erwägt man, daß die Ersitzung

II. Was den Verlust[10] von Privilegien betrifft, so kann es sich hier nur um die Angabe solcher Endigungsarten handeln, welche eine Folge der eigenthümlichen Entstehung dieser Rechte sind, die also mit der Privilegiumsqualität eines Rechts als solcher zusammenhängen[11]: denn insofern die durch Privilegium begründeten Rechte der Erlöschungsarten jener Classe von Rechten unterliegen, denen das betreffende Recht angehört, bieten diese Verlustgründe in ihrer großen Mannigfaltigkeit einerseits nichts Besonderes, andererseits nichts den Privilegien Gemeinsames dar[12]. In jener Beziehung nun erlöschen Privilegien

1) zunächst dadurch, daß die wesentlichen Voraussetzungen ihrer Ertheilung hinwegfallen[13]: hier liegt der Grund der Erlöschung des Privilegiums schon in der Beschaffenheit desselben. So erlöschen höchstpersönliche Privilegien (Bd I S. 589. 590) durch den Tod der privilegirten Person (Bd I §. 65 Note 32), Realprivilegien (Bd I S. 589) mit dem Untergang der Sache, an welche das Privilegium geknüpft ist; so gehen Privilegien, die auf eine gewisse Zeit verliehen wurden, mit dem Ablauf derselben (vgl. Industrieprivilegiengesetz 15. Aug. 1852 §. 29 Nr. 2 lit. b.), Privilegien, welche unter einer gewissen Bedingung oder zu einem bestimmten Zweck ertheilt wurden, mit dem Hinwegfall der Möglichkeit, die Bedingung zu erfüllen oder den Zweck zu erreichen, unter[14].

---

eine originäre Erwerbsart ist und daß auch die s. g. translative Ersitzung hiervon keine Ausnahme macht (vgl. oben §. 72 Note 10), so ergibt sich daraus von selbst, daß, da ein frei übertragbares Privilegium nur im Weg der Universal- oder Singularsuccession auf einen Andern übergehen kann, die Ersitzung principiell aus innern Gründen ausgeschlossen ist (einer Berufung auf die äußerlichen Gründe, welche Winiwarter und Wessely anführen, wohin z. B. auch die §§. 28. 36 des Industrieprivilegiengesetzes vom 15. Aug. 1852 gehören würde, bedarf es daher gar nicht).

10) Vgl. hierüber Hufeland I S. 265—295, Glück II §. 106—110, Schlayer in der angef. Abh. §. 6, Heimbach im R. L. VIII S. 500 fg., Schuster Comment. I S. 213 fg., Grebler S. 20 fg.

11) Vgl. Puchta Vorles. I S. 73.

12) So geht z. B. ein durch Privilegium begründetes Eigenthums-Servituts-Forderungsrecht u. s. w. in jener Weise unter, auf welche Eigenthums-Servitutsrechte u. s. f. überhaupt erlöschen, da der eigenthümliche Entstehungsmodus des Rechts in dieser Beziehung ohne Einfluß ist.

13) Vgl. Arndts Pandekt. §. 57.

14) Vgl. Industrieprivil. Ges. 15. Aug. 1852 §. 29 Nr. 1 lit. b Nr 2 lit. a; vgl. auch A. L. R. Einl. §§. 72. 73.

2) Gewisse Privilegien gehen durch Zurücklegung, durch Anheimsagung an den Ertheiler, also schon durch einseitige Erklärung der Verzichtleistung (vgl. oben §. 94 Note 47. 48) unter (vgl. §. 19 des josephin. Gesetzbuchs[15]); so z. B. Industrieprivilegien (Gesetz vom 15. August 1852 §. 29 Nr. 2 lit. c) und Handels- und Gewerbsbefugnisse[16]. Eine solche Zurücklegung kann jedoch nur dann mit der erwünschten Wirkung stattfinden, wenn der Privilegirte mit dem Recht nicht zugleich eine unzertrennliche Verpflichtung übernommen hat, da sich dieser niemand einseitig entschlagen kann[17].

3) Die Privilegien erlöschen durch Widerruf des Ertheilers. Die Frage, ob ein solcher Widerruf beliebig gestattet sei und ob eine Entschädigung des Privilegirten stattzufinden habe, wurde von jeher viel besprochen[18] und verschieden beantwortet[18a]. Erwägt man, daß der Privilegirte durch die Ertheilung des Privilegiums ein Recht erwirbt, welches als ein wohlgewonnenes (jus quaesitum) zu betrachten ist (§. 13 a. b. G. B.) und daher auch unter dem Schutz wohlerworbener Rechte steht (Bd I S. 119 fg.), so ergibt

15) Nur diese Fälle der Verzichtleistung auf ein Privilegium gehören hierher: der Untergang des Rechts, welches den Inhalt des Privilegiums ausmacht, durch Verzichtleistung auf dasselbe (z. B. des Eigenthumsrechts durch Dereliction) bietet nichts dem Privilegium als solchem Eigenthümliches.

16) Vgl. Fischer Handelsr. §. 235, Turba in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 115 fg.

17) So z. B. können Diejenigen, denen das Recht zur Erbauung einer Eisenbahn durch ausschließendes Privilegium concessionirt wurde, ihr Privilegium nicht beliebig zurücklegen, da sie mit dem Recht zugleich die Verpflichtung zur Erbauung der Bahn übernehmen; in dieser Beziehung ist denn auch schon in den meisten Concessionsurkunden durch ausdrückliche Bestimmung gesorgt. Vgl. auch Holzschuher I S. 143 Nr. 46.

18) Vgl. hierüber Glück §§. 107. 108, Hufeland I S. 268 fg.

18a) So hat man insbesondere häufig behauptet, daß conventionelle Privilegien nur aus Gründen des öffentlichen Wohls, nicht conventionelle dagegen beliebig widerrufen werden können; oder daß privilegia onerosa nur ex justa causa und gegen Entschädigung, privilegia gratuita dagegen beliebig und ohne Entschädigung revocirt werden dürften (so noch Holzschuher I S. 141 Nr. 41, ebenso Nippel I S. 116) vgl. über diese verschiedenen Ansichten Glück S. 32 fg. — Ebenso hat man in älterer Zeit (vgl. die bei Glück Note 90 angef. Schriftsteller) wie in neuerer (so Kierulff I S. 58 fg.) durch unrichtige Folgerung aus einer an sich richtigen Auffassung des Privilegiums (Bd I §. 65 Note 27) die Behauptung aufstellen wollen, daß Privilegien ohne Unterschied und ohne Entschädigung beliebig und willkürlich widerrufen werden können.

sich von selbst, daß Privilegien nicht willkürlich entzogen werden können, sondern daß ein Widerruf nur ex justa causa zulässig ist[19]. Als eine solche justa causa ist unzweifelhaft der **Vorbehalt des Widerrufs** (prekäre Verleihung, Verleihung auf Widerruf, ad bene placitum[19a]) und das **Staatswohl** (das öffentliche Interesse, Aufhebung kraft des s. g. jus eminens des Staats, ex ratione salutis publicae[20]) zu betrachten: wenn in dem letzteren Fall das Privilegium aufgehoben wird, so geschieht dieß aus einem Grund, welcher überhaupt einen Eingriff in wohlerworbene Rechte ausnahmsweise rechtfertigt, es hat dann aber auch in der Regel (vgl. Note 23 a) Entschädigung des Privilegirten (arg. §. 365 a. b. G. B.) stattzufinden (vgl. §. 21 des joseph. Gesetzb. und Hofdecret 22. Jänner 1810 §. 9 lit. g[21]). Streitig ist es dagegen, ob der **Mißbrauch** des Privilegiums als justa causa des Widerrufs zu betrachten sei (vgl. Bd I §. 65 Note 50. 52)[22]: da der Mißbrauch eines Rechts nicht als allgemeiner Verlustgrund betrachtet werden kann, so kann auch ein Privilegium nur dann wegen Mißbrauchs widerrufen wer-

---

19) Diese Ansicht, welche schon **Glück** S. 35 fg. und **Hufeland** I S. 270 vertheidigten, darf heut zu Tage als die allgemein herrschende betrachtet werden, vgl. **Puchta** Vorles. I S. 74, **Arndts** §. 57, **Schlayer** S. 91, **Wächter** II §. 122, **Heimbach** S. 500 fg.

19a) Ist ein Privilegium ad beneplacitum voluntatis des Ertheilers verliehen worden, so hört es mit dem Tod des Verleihers von selbst (also ohne daß es eines Widerrufs von Seiten des Nachfolgers bedürfte) auf, c. 5 de rescr. in VI (1, 3) vgl. oben §. 83 Note 36 und **Schlayer** S. 92.

20) Im Industrieprivilegiengesetz vom 15. Aug. 1852 heißt es ausdrücklich, daß das Privilegium aufgehoben werden könne, „wenn es mit öffentlichen Rücksichten in Widerstreit trete“ §. 29 Nr. 1 lit. c.

21) Und zwar kann es dann nicht (wie **Glück** S. 37 meint) weiter darauf ankommen, ob das Privilegium ein onerosum oder gratuitum ist (vgl. auch **Schuster** I S. 215 und **Klüber** Öffentl. Recht §. 485 Note b); ebensowenig kann man hier in der Regel (Ausnahme: Industrieprivil. Ges. 15. Aug. 1852 §. 11 a. E.) die Grundsätze von der condictio sine causa (l. 1 §. 2 D. h. t. 12, 7 §. 1435 a. b. G. B.) in Anwendung bringen (wie dieß z. B. **Glück** a. a. O. allgemein will).

22) Vgl. hierüber **Glück** §. 109, **Hufeland** S. 292 fg. — Die Ansichten der Schriftsteller sind getheilt: als allgemeine justa causa der Entziehung des Privilegiums wird der Mißbrauch desselben angesehen von **Glück** a. a. O., **Puchta** Vorles. I S. 74, **Heimbach** S. 102, **Gerber** System §. 67 a. E. und **Holzschuher** I S. 141 Nr. 38 (besonders auf den Satz des canonischen Rechts hin: privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate c. 11 c. 24 X de privil. 5, 33) ebenso von **Rippel** I S. 116 und **Schuster** I S. 216, dagegen sind **Schlayer** S. 93, **Hufeland** S. 294, **Wächter** §. 122 Note 4 der entgegengesetzten Ansicht.

den, wenn im vorhinein auf den Mißbrauch Entziehung des Privilegiums angedroht wurde[23], oder wenn der Mißbrauch so beschaffen ist, daß das öffentliche Interesse Aufhebung des Privilegiums fordert, in welchem letztern Fall aber das Staatswohl die justa causa des Widerrufs und der Mißbrauch nur der mittelbare Grund für die Aufhebung des Privilegiums ist[23a]. — Eine justa causa zur Entziehung eines Privilegiums ist endlich nach österreichischem Recht auch die Verurtheilung wegen eines Verbrechens (§. 30 des Strafgesetzb.).

4) Manche Privilegien gehen zur Strafe[24] unter.

5) Nach österreichischem Recht[25] müssen vom Monarchen selbst ertheilte Privilegien bei jeder Regierungsveränderung binnen Jahresfrist zur höchsten Bestätigung (Confirmation) vorgelegt werden, widrigenfalls sie als erloschen betrachtet werden (Hofkanzleidecret 25. Mai 1792 P. G. S. I S. 91)[26].

6) Manche Privilegien gehen kraft besonderer Vorschrift durch Nichtgebrauch unter[27]. — Die (besonders mit Rücksicht auf l. 1 D. de nund. 50, 11 und c. 6. 15 X de privil. 5, 33)[28] so über-

23) Dieß geschah ganz allgemein im joseph. Gesetzb. §. 21, welches die Bestimmung traf, daß im Fall des Mißbrauchs Entziehung des Privilegiums als Strafe stattfinden werde und ebenso im westgal. Gesetzb. I §. 53: diese Bestimmung ist durch das bürgerl. Gesetzb. von 1811 als aufgehoben zu betrachten (Bd I §. 65 Note 53). — Einen Fall dieser Art bietet auch die vielberufene l. 3 C. de aquaeductu (11, 42).

23a) In diesem Fall hat natürlich der Privilegirte keinen Anspruch auf Entschädigung.

24) So z. B. gehen Gewerbs- und Handlungsbefugnisse in gar manchen Fällen (vgl. §. 243 Strafg. und Fischer Handelsr. §§. 243. 244) zur Strafe unter.

25) Anders nach gemeinem Recht vgl. Glück II S. 38.

26) Das Nähere s. bei Schuster I S. 217 fg. und Winiwarter I S. 100, vgl. auch joseph. Gesetzb. §§. 22. 23.

27) So erlischt z. B. kraft der Vorschrift des Industrieprivilegiengesetzes vom 15. Aug. 1852 ein Industrieprivilegium durch zweijährigen Nichtgebrauch (§. 29 Nr. 2 lit. a); eben so gingen früher (Hofdecret 18. Aug. 1802) Handlungsbefugnisse durch Nichtgebrauch unter, was nunmehr (Hofcanzleidecret 12. Jänner 1827) aufgehoben ist (vgl. Fischer Handelsr. §. 234). — Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts gehört l. 1 D. de nund. (50, 11) hierher; über die richtige Auslegung dieser Stelle vgl. Steppes in Linde's Zeitschr. Bd XIV S. 128. 129 (gegen Fritz in Linde's Zeitschr. IV S. 205. 206, dem Vangerow I S. 192 beistimmt).

28) Über die Auslegung dieser Stellen herrscht Streit, vgl. Steppes Über c. 6 et 15 X de privil. in Linde's Zeitschr. Bd XIV (1840) Nr. V S. 126—136, der aber in diesen Stellen wohl mit Unrecht (vgl. auch Vangerow I S. 193,

aus viel besprochene Frage[29], ob Privilegien überhaupt und allgemein durch längere Nichtausübung untergehen, ob also der Nichtgebrauch ein allgemeiner Erlöschungsgrund der Privilegien sei, läßt sich nicht beantworten, weil sie vom Standpunkt richtiger Auffassung des Wesens der Privilegien gar nicht aufgeworfen werden kann (Bd I §. 65 Note 50)[30]. Da die Privilegien nicht eine eigene Classe von Rechten mit eigenthümlichem Inhalt und von besonderer Natur bilden, sondern das charakteristische Wesen des Privilegiums nur in der Entstehungsweise des Rechts besteht, so kann man gar nicht fragen, ob jedes Privilegium als solches durch Nichtgebrauch untergehe. Es kann vielmehr lediglich auf die Natur des Rechts ankommen, welches durch Privilegium bestellt wurde[31]; geht ein solches Recht seiner Natur nach durch längere Nichtausübung verloren, so tritt dieser Untergang auch in dem Fall ein, als das fragliche Recht aus einem Privilegium entsprungen ist: geht dagegen das fragliche Recht

---

nicht eine Verjährung, sondern einen stillschweigenden Verzicht ausgesprochen finden will.

29) Vgl. hierüber Dabelow Verjähr. II §. 177, Thibaut Besitz §. 62, Glück II §. 110, Unterholzner Verjähr. II §. 161, Hufeland I S. 274 fg., Fritz in Linde's Zeitschr. Bd IV S. 207 fg., Holzschuher I S. 142. 143 Nr. 44, Kierulff I S. 63. —

30) Das joseph. Gesetzb. §. 20 enthielt folgende Bestimmung: „Wenn die Begünstigung in einer bloß willkürlichen Niemand nachtheiligen Ausübung besteht, so zieht der Nichtgebrauch deren Verlust nicht nach sich. Sonst aber werden Begünstigungen — auf folgende Art verloren: Wenn die Begünstigung in einer Befugniß, von Andern etwas zu fordern oder mit ihrer Beschwerde ein Recht auszuüben (affirmatives Privileg), besteht, erlischt dieselbe durch die vorgeschriebene Verjährungszeit (30jährige?), wofern während dieser Zeit der Gebrauch thunlich gewesen. Hingegen wenn der Begünstigte von einer gemeinen Beschwerde enthoben war (negatives Privileg), hört diese Befreiung sogleich auf, wenn derselbe sich der ihm erlassenen Beschwerde dreimal freiwillig wissentlich (und wie wenn unwissentlich?) und ohne Vorbehalt unterzogen hat." Diese Bestimmung gilt heut zu Tage nicht mehr (Bd I §. 65 Note 53) und es ist daher Sache der Theorie jene Frage zu lösen.

31) Diese Ansicht, welche zuerst Hufeland I S. 274 fg. insbes. S. 279 aufstellte und die hierauf von Fritz in der angef. Abh. in tüchtiger Weise vertheidigt wurde, ist seither mit Recht zur herrschenden geworden; vgl. Puchta §. 34 und Vorles. I S. 74, Vangerow I §. 116, Holzschuher a. a. O. (der diese Ansicht aber nicht consequent durchführt), Schlayer S. 95, Wächter II §. 122 (ganz auf dem alten Standpunkt steht hierin noch Heimbach S. 503, schwankend ist Seuffert §. 21 a. E.); im Grunde sind auch Schuster I S. 214 und Grebler S. 23 fg. derselben Ansicht.

seiner Natur nach durch Nichtausübung nicht unter, so kann der Umstand, daß das Recht auf dem Weg des Privilegiums entstanden ist, hieran nichts ändern[32].

32) Bei affirmativen Privilegien wird also unter Umständen eine Erlöschung durch Nichtgebrauch stattfinden oder nicht, jenachdem das fragliche Recht, auch wenn es auf andere Weise als durch Privileg entstanden ist, durch Nichtgebrauch verloren geht oder nicht. Bei negativen Privilegien dagegen kann es sich nur um eine Ersitzung des durch das Privileg aufgehobenen Rechts handeln, die Frage aber, ob jenes Recht eine Erwerbung durch Ersitzung zuläßt, ist nach der Natur dessen zu beurtheilen. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß ein Gewerberecht, und insbesondere ein Realgewerberecht durch noch so lange Nichtausübung nicht verloren geht (vgl. Ellinger im Juristen VII S. 155 fg.), und daß ein Monopol an sich durch noch so langen Nichtgebrauch nicht untergeht, da das juristische Moment desselben im Verbietungsrecht liegt; die Klage wegen Eingriffs in das Monopol ist aber natürlich der Verjährung unterworfen.

Sechste Abtheilung.

Der Schutz der Rechtsverhältnisse.

Einundzwanzigstes Capitel.

Der Rechtsschutz im Allgemeinen.

I. Die Privatrechtsansprüche.

§. 108. Jedes Recht, als die Herrschaft des Willens über den Willen, enthält eine Beziehung von Person zu Person. Bei den Status (s. g. Personen-Zustandsrechten Bd I §. 60) sowie bei den dinglichen Rechten und dem Erbrecht ist diese persönliche Beziehung zunächst nur eine ganz allgemeine und negative, indem sie bloß darin besteht, daß alle dritten Personen die privatrechtliche Stellung (Status) oder die Herrschaft einer Person über eine Sache anzuerkennen haben und dieselbe nicht stören dürfen: diese Rechtsqualitäten und Rechte beruhen auf sich selbst und führen eine in sich beschlossene Existenz; sie sind absolut (unpersönlich), indem sie ohne unmittelbare Beziehung auf eine bestimmte Person bestehen (Bd I §. 59 Nr. III). Die Forderungsrechte dagegen haben ihrer Natur nach eine Beziehung auf eine bestimmte Person, von der eine Leistung gefordert wird; sie beruhen auf der Person des Verpflichteten und haben prinzipiell eine persönliche Richtung: die Forderungsrechte sind ihrem Wesen nach relative (persönliche) Rechte (Bd I §. 62) [1]. Aber auch die absoluten Rechtsverhältnisse und Rechte können unter Umständen eine

1) Es soll hier wiederholt darauf aufmerksam gemacht werden, daß Absolutheit (Unpersönlichkeit) und Relativität (Persönlichkeit) eines Rechts nicht mit absoluter (unbeschränkter) und relativer (beschränkter) Verfolgbarkeit desselben zu verwechseln ist: Letzteres ist nur eine regelmäßige Consequenz aus Ersterem (vgl. Bd I S. 517 fg.).

Beziehung auf eine bestimmte Person annehmen. Wenn nemlich eine bestimmte Person das absolute Rechtsverhältniß oder Recht thatsächlich nicht anerkennt, wenn sie in den Kreis der rechtlichen Herrschaft des Andern störend eingreift, oder sich in einem Verhältniß zur Sache befindet, welches dem Verhältniß des Berechtigten zu derselben widerspricht, überhaupt wenn der faktische Zustand mit dem rechtlichen nicht übereinstimmt, also der Berechtigte dasjenige nicht hat, was er seinem Recht gemäß haben soll, dann nimmt das absolute (unpersönliche) Recht einen relativen (persönlichen) Charakter an (Bd I S. 521); es tritt aus seiner ruhigen abgeschlossenen Stellung heraus und kehrt sich in bestimmter Richtung gegen jene Person. Unter diesen Umständen fordert auch der absolut Berechtigte von einer bestimmten Person, daß sie etwas thue oder unterlasse: er erlangt gegen sie einen concreten obligationsähnlichen Anspruch. Denn A n s p r u ch[1a] (Forderung im weiteren Sinn) ist der Ausdruck für dasjenige, was eine Person von der anderen verlangen kann; dieser Anspruch ist, insofern er vom Recht anerkannt ist, R e ch t s a n s p r u ch; insofern er einen bestimmten Inhalt hat, im Unterschied vom thatsächlichen (formellen) Ansprechen, m a t e r i e l l e r Rechtsanspruch. Dieser Ausdruck bezeichnet somit die persönliche Richtung des Rechts, kraft welcher von einer bestimmten Person etwas gefordert wird[2]. Bei den relativen Rechten, welche ihrer Natur nach eine persönliche Richtung haben, ist der Ausdruck Rechtsanspruch der vollkommen erschöpfende Ausdruck für das Forderungsrecht selbst, da das Recht lediglich in der Forderung (dem Anspruch) besteht. Anders bei den absoluten Rechten; hier ist der Ausdruck Anspruch nicht die adäquate Bezeich-

---

[1a]) Über die Bedeutung des Wortes „Anspruch" vgl. S ch m i t t h e n n e r - W e i g a n d Deutsches Wörterb. (3. Aufl.) s. h. v. G r i m m Deutsches Wörterb. s. h. v. (I S. 471).

2) Vgl. insbesondere W i n d s ch e i d Die Actio §. 1 Abwehr S. 7 fg. — Im bürgerl. Gesetzb. findet sich der Ausdruck „Anspruch" in mehrfacher Bedeutung; im weitesten Sinn steht Anspruch für jedes Verlangen-Dürfen z. B. §§. 165. 221. 259; dann für das Recht (die Berechtigung) selbst in seiner Beziehung zu dritten Personen, also für dasjenige, was uns Andern gegenüber gebührt z. B. §§. 407. 414. 556. 626. 759. 767. 796. 798; häufig steht in Anspruch für Forderung im engeren Sinn, also für obligatorischen Anspruch z. B. §§. 46. 154. 186. 822. 853. 893. 913. 929. 931. 968 u. s. f., wohl auch „Forderungen und Ansprüche" §§. 443. 811. 812; dingliche Ansprüche §. 662 (vgl. §§. 534. 535 prov. C. P. O.), Pfandrechtsansprüche §. 814, Erbrechtsansprüche §. 824; vgl. auch Note 4.

nung für das Recht selbst nach allen seinen Seiten, eben weil das absolute Recht im normalen Zustand keine besondere Beziehung auf eine bestimmte Person hat. Dennoch ist auch hier der Rechtsanspruch nichts vom Recht selbst verschiedenes, vielmehr das Recht selbst, nur in besonderer Gestalt und Stellung: der materielle Rechtsanspruch ist das Recht in seiner Richtung auf eine bestimmte Person. Wenn man dennoch sagt, daß das Recht das Prius, das Erzeugende, der Anspruch das Spätere, das Erzeugte, der Ausfluß des Rechts sei, daß der Rechtsanspruch aus dem Recht entspringe, so erklärt sich dieß daraus, daß das absolute Recht lange Zeit eine selbständige beziehungslose Existenz führen kann, bevor jene Umstände eintreten, zufolge deren das Recht die Gestalt des Rechtsanspruchs annimmt[3]. Aber auch der Inhalt des Rechtsanspruchs ist nicht ein vom Inhalt des Rechts selbst verschiedener, sondern dieser selbst, nur in eigenthümlicher Erscheinung durch seine Beziehung auf die bestimmte Person des Verpflichteten[4].

Es gibt so viele Privatrechtsansprüche als es Privatrechte und Rechtsverhältnisse gibt: die Verschiedenheit der Rechte ist eine Verschiedenheit der Rechtsansprüche[5]. Es gibt familienrechtliche[5a] und

3) Bei dem persönlichen (Forderungs-) Recht ist diese Ausdrucksweise aus dem entgegengesetzten Grund nicht üblich; man sagt wohl, daß aus dem Obligationsverhältniß ein Anspruch erwachse (z. B. ex contractu nascitur actio, nudum pactum non parit actionem sed exceptionem), nicht aber daß aus dem Forderungsrecht ein Anspruch entspringe, weil eben Forderung und Anspruch identisch sind. Übrigens können aus demselben obligatorischen Rechtsverhältniß mehrfache Ansprüche entspringen, so z. B. aus dem Miethsverhältniß der Anspruch auf Bezahlung des Miethzinses, auf Rückstellung der Sache, auf Schadenersatz u. s. f.; das obligatorische Rechtsverhältniß ist in solchen Fällen ein complicirtes (Bd I S. 553), indem aus demselben eine Mehrzahl von Ansprüchen entspringt. (Dieß hat sich auch im röm. Formularprozeß bei der Prozeßconsumtion und in der s. g. praescriptio pro actore Gaj. IV §. 131 vgl. Puchta Instit. II §. 164, Keller Civilproz. §. 41, Bekker Die prozessualische Consumtion §. 7 insbes. S. 68 fg., geltend gemacht.)

4) Mit Recht bemerkt Dworzak Kritisch. Übersch. V S. 8, daß „die Ansprüche, welche ein Recht, wie es heißt, zu ihrer Voraussetzung haben, nichts anderes sind, als der nach Maßgabe der concreten Umstände im einzelnen Fall sich auseinander setzende Rechtsinhalt". Daher wird auch öfters der Inhalt eines Rechts in seiner Beziehung auf dritte Personen dadurch charakterisirt, daß man angibt, worauf der Anspruch des Berechtigten geht, vgl. z. B. §§. 488. 506. 511. 519. 676 a. b. G. B.

5) Vgl. Böcking Pandekt. §. 131 Note 4, Windscheid a. a. O.

5a) Soweit die familienrechtlichen Ansprüche auf Liebe und Achtung gerichtet sind (vgl. §§. 90. 144 a. b. G. B.), sind sie ihrem Wesen nach rein sittlicher Natur

vermögensrechtliche Ansprüche; es gibt, obgleich jeder Rechtsanspruch eine persönliche Richtung hat, absolute (unpersönliche) und relative (persönliche) Rechtsansprüche, je nachdem das Rechtsverhältniß, woraus der Anspruch entspringt, ein absolutes oder relatives ist; es gibt dingliche und persönliche Rechtsansprüche, je nachdem das Recht, welches den Anspruch erzeugt, ein dingliches oder persönliches ist [6].

Jeder materielle Rechtsanspruch ist gegen eine bestimmte Person gerichtet; Inhalt des Anspruchs ist dasjenige, was von der bestimmten Person gefordert (verlangt) wird; Gegenstand des Anspruchs dasjenige, worauf der Anspruch gerichtet ist, worauf der Anspruch geht. Den Gegenstand des Rechtsanspruchs bildet dasselbe, was den Gegenstand des Rechts bildet (Bd I §. 59 I), da der Rechtsanspruch das Recht selbst in seiner concreten Beziehung auf bestimmte dritte Personen ist. Worauf das Recht gerichtet ist, darauf ist der Anspruch gerichtet: der persönliche Anspruch ist daher auf eine bestimmte Leistung, der absolute Anspruch auf die totale oder partielle Herrschaft über eine Sache oder auf einen Status gerichtet. Das Objekt des Rechts ist das Objekt des Anspruchs: der persönliche Anspruch geht auf die Person des Verpflichteten, der absolute Anspruch auf die Sache, die Erbschaft, den Status.

II. Die Privatrechtsverletzung.

§. 109. Dem Recht steht als dessen Negation das Unrecht gegenüber, als die in menschlichen Handlungen hervortretende Ent-

---

und gehören daher nicht in die Sphäre des Privatrechts (Bd I §. 24 Note 40 §. 60 Note 17); in dieses gehören die familienrechtlichen Ansprüche nur soweit sie auf Anerkennung der Existenz des Familienverhältnisses (Bd I §. 24 Note 23 §. 60) oder auf Herstellung des äußeren diesen Verhältnissen entsprechenden Zustandes (Bd I §. 24 Note 18) gerichtet sind; soweit aus Familienverhältnissen Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen entspringen, gehören diese Ansprüche zu den vermögensrechtlichen.

6) Ohne Angabe irgend eines Grundes behauptet Muther in der §. 113 Note * angef. Schrift S. 67, daß uns „dingliche Ansprüche unbekannt sind"; wir sind aber vielmehr gerade gewöhnt, den Ausdruck Anspruch auf Alles, was uns gebührt (id quod debetur im weitesten Sinn) zu beziehen (vgl. unten §. 113 Note 15) und in diesem Sinn wird denn auch der Ausdruck Anspruch von allen älteren und neueren Schriftstellern gebraucht. (So findet sich z. B. der Ausdruck „dinglicher Anspruch" bei Böcking a. a. O., bei Puchta Vorles. I §. 181; der Ausdruck „klagbarer Anspruch" für klagbares Recht fast auf jeder Seite von Unterholzner Ausführl. Verjährungslehre u. s. f.)

gegensetzung gegen das Recht. Das Privatrecht ist Willensherrschaft, die Privatverbindlichkeit Willensunterworfenheit: das Unrecht auf dem Gebiete des Privatrechts, das civile Unrecht, ist daher die Entgegensetzung des Unterworfenen gegen die Herrschaft des Berechtigten. Wie alles subjektive Privatrecht in der Herrschaft des individuellen Willens über den individuellen Willen besteht, so ist alle Privatrechtsverletzung Auflehnung gegen die Macht des Berechtigten, Sichinwidersprruchsetzen des individuellen Willens mit dem individuellen Willen: der Einzelwille, der sich dem Einzelwillen nicht fügt, wie er soll, ist der widerrechtliche Wille auf dem Gebiet des Privatrechts. Die Handlung, in welcher der rechtsverletzende Wille zur Erscheinung kommt, ist in dieser Sphäre nicht eine an sich (in thesi, absolut) rechtswidrige; die Handlung ist vielmehr an sich eine rechtlich zulässige, welche den Charakter der Rechtswidrigkeit erst durch ihre Beziehung auf das Recht des Anderen (in hypothesi) erhält: das civile Unrecht ist nur ein relatives Unrecht[1]. Durch die angegebenen Merkmale, den Gegenstand der Verletzung und den Charakter der rechtsverletzenden Handlung an sich, unterscheidet sich das civile Unrecht von dem absoluten, strafbaren (criminellen) Unrecht[2]: dort verletzt der Wille das subjektive Recht, das concrete Rechtsverhältniß, hier bricht er das objektive Recht, die öffentliche Rechtsordnung; dort lehnt sich der Wille gegen die Herrschaft einer bestimmten Person auf,

1) So ist z. B. das Haben einer Sache an sich nichts Widerrechtliches, es erhält aber diesen Charakter durch seine Beziehung auf das Eigenthumsrecht eines Andern an dieser Sache; so erscheint die Handlung des Eigenthümers erst durch ihre Beziehung auf das dingliche Recht eines Andern als eine widerrechtliche; ebenso verhält es sich mit der Causalität des Individuums, mit seinem Handeln oder Unterlassen, welches erst dadurch zu einer Rechtsverletzung wird, daß jenes Individuum einem Andern zu einer bestimmten Unterlassung oder Handlung obligatorisch verpflichtet ist; vgl. Puchta Pandekt. §§. 78 Vorlef. I S. 178. 179, Stahl Rechtsphilos. (3. Aufl.) II 2 S. 695. 696, Hälschner System des preuß. Strafrechts I (1858) S. 5. 6.

2) Über den Unterschied des civilen Unrechts vom strafbaren vgl. Hegel Philosophie des Rechts §. 82 fg., Abegg Lehrb. d. Strafrechtswiss. §§. 8. 63 fg. Köstlin Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts §§. 1—6 System des deutschen Strafrechts I (1855) §§. 2. 18, Stahl Rechtsphilos. II 2 §. 185, Fichte System der Ethik II 2 §. 101, Hälschner a. a. O. §. 1 u. A. Auf diese Unterscheidung (sowie auf die Unterscheidung des strafbaren Unrechts in polizeiliches und criminelles) näher einzugehen, ist hier nicht der Ort, da die Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung nicht auf der Seite liegen, welche Gegenstand der hier zu gebenden Darstellung ist.

hier beugt er sich nicht unter die Macht der sich im Recht verkörpernden sittlichen Idee; dort erscheint die Handlung an sich als eine berechtigte (relatives Unrecht), hier ist sie an sich (in thesi), ihrem eigensten Wesen nach, widerrechtlich (absolutes Unrecht). Bei dem civilen Unrecht erkennt der Verletzer das Recht als objektive Norm an, er erkennt nur dessen Verwirklichung in einer bestimmten Person nicht an; er beugt sich zwar unter die Macht des objektiven Rechts, nicht aber unter die Macht dieses bestimmten Individuums: in diesem Fall ist daher ein Rechtsstreit, das heißt ein Streit über die Existenz von Berechtigung und Verpflichtung, möglich[3]. — Die Privatrechtsverletzung ist Verletzung eines bestehenden privatrechtlichen Verhältnisses, sie setzt also stets ein concretes Privatrecht, eine reelle Willensmacht voraus. Man spricht zwar auch in jenen Fällen von einer Privatrechtsverletzung, wo jemand widerrechtlicher Weise in eine fremde Privatrechtssphäre verletzend eingreift oder eine Rechtsvorschrift übertritt und dafür civilrechtlich verantwortlich wird; allein aus solchen an sich widerrechtlichen Handlungen (Delikten, oben §. 100) entspringen selbständige Rechtsverhältnisse (Obligationes ex delicto), welche nun erst selbst wieder verletzt werden können: diese im Delikt selbst enthaltene Verletzung ist von der Verletzung des aus dem Delikt entspringenden Rechts wohl zu unterscheiden[4]. Nur von Verletzungen eines bestehenden Privatrechts, nicht von Rechtsverletzungen, woraus Privatrechte[4a] entstehen, ist hier die Rede.

3) Anders in den Fällen des strafbaren Unrechts, wo es sich nur darum handelt, ob das betreffende Gesetz von dem bestimmten Individuum übertreten wurde oder nicht, während in den Fällen des civilen Unrechts erst das (subjektive) Recht dargethan sein muß, damit die an sich rechtlich zulässige Handlung durch die Beziehung auf dasselbe als rechtswidrig erscheine.

4) Diese Unterscheidung wird öfters nicht gehörig gemacht, indem man das Recht, welches durch das Delikt verletzt wird, und die aus dem Delikt entstehende Obligatio, welche selbst wieder verletzt werden kann, verwechselt (z. B. Hasse im Rhein. Mus. VI S. 43 fg.): von dieser Verwechslung hat sich selbst Savigny, der an einer Stelle (System V §. 239 Note q) vor ihr warnt, nicht ganz frei erhalten (System V S. 46), vgl. dagegen schon Arndts Pandekt. §. 97 Anm. 2.

4a) Diese Rechtsverletzung, welche die Obligatio ex delicto erzeugt, ist bald Verletzung des Privatrechts im subjektiven Sinn, also einer concreten subjektiven Berechtigung, oder der Persönlichkeit überhaupt, wie sie an sich als freie sich selbstbestimmende oder als sittliche besteht (vgl. Bd I §. 60), bald Verletzung des Privatrechts im objektiven Sinn, also einer objektiven Rechtsvorschrift, durch deren Übertretung man civilrechtlich verantwortlich wird (vgl. z. B. §. 1311 a. b. G. B.; vgl. Bd I §. 60 Note 14 und jetzt auch Brinz Pandekt. I §. 117).

Die Privatrechtsverletzung ist erst dann vorhanden, wenn sich der unterworfene Wille in einem durch Wort oder That geäußerten Widerspruch mit dem herrschenden Willen befindet, da auf dem Rechtsgebiet der Wille überhaupt nur als erscheinender und geoffenbarter ein daseiender wirklicher Wille ist. Dagegen bedarf es zum Vorhandensein der Privatrechtsverletzung weder einer widerrechtlichen Richtung des Willens (eines schuldhaften Willens, oben §. 101), noch überhaupt des Bewußtseins der Rechtsverletzung, also des Wissens, daß man sich im thatsächlichen Widerspruch mit dem Recht eines Anderen befinde: genug daß dieser Widerspruch thatsächlich vorhanden ist. In diesem Sinn ist die Privatrechtsverletzung rein objektiver Natur[5]. Eine Privatrechtsverletzung ist vor Allem vorhanden, wenn der Verpflichtete dem Recht des Berechtigten die Anerkennung absolut versagt, also dessen Dasein bestreitet oder Handlungen vornimmt, welche mit dem Recht des Berechtigten resp. mit der Verpflichtung des Handelnden in unmittelbarem absoluten Widerspruch stehen (totale direkte Rechtsverletzung). Der Verpflichtete kann aber das Recht des Berechtigten zwar im Allgemeinen anerkennen, dennoch aber dasselbe verletzen, indem er sich eine Beschränkung dieses Rechts mit Worten oder durch die That anmaßt (partielle direkte Rechtsverletzung), oder in ungerechtfertigter Weise die Befriedigung des gegnerischen Rechtsanspruchs verweigert oder verzögert (indirekte Rechtsverletzung). In den Fällen der Rechtsverletzung durch die That widersetzt sich der Verpflichtete der Herrschaft des Berechtigten, hindert oder beschränkt diesen in der Ausübung seines Rechts, das ist in der Geltendmachung

5) Es ist unrichtig, wenn manche neuere Schriftsteller (so insbesondere, nach Hegel's Vorgang, Köstlin Revis. §. 3 fg.) den Unterschied des civilen und des criminellen Unrechts darin finden wollen, daß das civile Unrecht „auf einer unbewußten Entgegensetzung des Einzelwillens gegen das Recht beruhe", während im Verbrechen „der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen zum bewußten Gegensatz werde", und daher das civile Unrecht das „unbefangene" nennen: dagegen spricht schon der Umstand, daß auch auf dem Gebiet des Civilrechts der dolus und die mala fides eine große Rolle spielen und daß daher auch das Civilunrecht gar häufig kein „unbefangenes" sondern ein bewußtes ist; vgl. dagegen schon Stahl Rechtsphil. II 2 S. 697 in der Note, und Hälschner §. 1 Anm. (der m. E. in den wesentlichsten Beziehungen das Richtige hat, und, was das Civilunrecht anbetrifft, nur darin irrt, daß er dasselbe „auf die der Privatwillkür unterworfene Vermögensberechtigung einer Person" beschränkt). Ebensowenig bedarf es aber andererseits des Wissens des Berechtigten um die Rechtsverletzung: genug, daß sein vorhandenes Recht thatsächlich verletzt wird.

der im Recht enthaltenen Befugnisse (Bd I §. 68). So stellt sich die Rechtsverletzung durch die That von subjektiver Seite als die Entziehung oder Störung der Ausübung des Rechts, von objektiver Seite als die dem Willen des Berechtigten zuwider stattfindende Nichtübereinstimmung des faktischen Zustands mit dem rechtlichen dar, indem der Berechtigte das nicht hat, was ihm gebührt und der Nichtberechtigte das hat, was ihm nicht gebührt. Findet eine solche Nichtübereinstimmung dem Willen des Berechtigten gemäß, oder doch nicht ihm zuwider statt, will der Berechtigte sein Recht nicht ausüben oder seinen Rechtsanspruch nicht realisiren, so ist eine Rechtsverletzung nicht vorhanden, da dem Willen des Berechtigten nicht zuwider gehandelt wird, also Wille dem Willen nicht feindlich gegenübersteht: eine objektive Privatrechtsverletzung in dem Sinn, daß selbst die mit dem Willen des Berechtigten ausbleibende Realisirung seines Rechtsanspruchs eine Rechtsverletzung wäre[6], gibt es nicht, da alle Privatrechtsverletzung Willensverletzung ist.

Nach der Verschiedenheit des Inhalts des Rechts oder Rechtsverhältnisses ist die Ausübung des Rechts und daher auch die thätige Rechtsverletzung, als die Entziehung oder Störung der Ausübung des Rechts, eine verschiedene. Bei den persönlichen und Familienverhältnissen (s. g. Personenrechten Bd I §. 60) besteht die thätige Rechtsverletzung in der Nichterfüllung der aus jenem Verhältniß entspringenden Pflichten, resp. in der Anmaßung einer Gewalt, welche jenem Status widerspricht. Das dingliche Recht besteht seinem Inhalt nach

---

6) Wie man dieß in neuester Zeit mehrfach behauptet hat (vgl. Note 11); die Lehre von der Rechtsverletzung hat überhaupt insbesondere durch den Umstand gelitten, daß man von der (unrichtigen) Voraussetzung ausgehend, die Nativität der Klage sei durch eine Verletzung des klagbaren Rechts bedingt, einerseits jene Lehre ex professo im Zusammenhang mit dem Dogma von der actio nata vortrug (so z. B. Savigny V §§. 204. 205. 239—241, Puchta Pandekt. §§. 78. 90, Kierulff Theorie I §. 11), anderseits in Fällen, in welchen in der That eine Rechtsverletzung nicht vorhanden ist, dennoch aber das richtige Gefühl die Nativität der Klage annehmen hieß, eine Rechtsverletzung herauszukünsteln suchte, um nur das (falsche) Grundprinzip zu retten, daß ohne Rechtsverletzung das Klagerecht nicht concret vorhanden sei; vgl. die folgenden Noten. — Die Nichtübereinstimmung des faktischen Zustands mit dem rechtlichen erzeugt zwar immer Rechtsansprüche, nicht aber ist in einem solchen Fall nothwendig und stets eine Rechtsverletzung erhanden: jede Rechtsverletzung erzeugt zwar Rechtsansprüche, es gibt aber gar viele Rechtsansprüche ohne vorhergegangene Rechtsverletzung.

in der unmittelbaren rechtlichen Herrschaft über eine körperliche Sache (Bd I §. 61): wer diese rechtliche Herrschaft (total oder partiell) gar nicht anerkennt[7] oder doch den Berechtigten in der von ihm gewollten Ausübung seines Rechts hindert[7a], verletzt dessen Recht. Bei Obligationen ist der Berechtigte befugt, eine bestimmte Leistung von dem Verpflichteten zu fordern (Bd I §. 62); dieses Verhältniß wird thatsächlich verletzt, wenn die schuldige Leistung gegen den Willen des Forderungsberechtigten ausbleibt: Nichterfüllung der Obligatio dem Willen des Gläubigers zuwider ist Verletzung des Forderungsrechts. Bei Obligationen, welche auf eine positive Leistung (ein positives

---

7) Es ist daher z. B. eine Verletzung des Eigenthumsrechtes vorhanden, wenn jemand die einem Andern gehörige Sache animo domini besitzt, sei es nun bona oder mala fide, da sein Eigenthumswille mit dem Willen des Eigenthümers in absolutem Widerspruch ist; ebenso ist eine Rechtsverletzung vorhanden, wenn jemand eine mit dinglichen Lasten beschwerte Sache als eine freie besitzt, also das dingliche Recht nicht anerkennt.

7a) Der Miether, Commodatar, Pfandgläubiger u. s. f. besitzt die Sache im Namen des Eigenthümers, erkennt also dessen Recht an; ist das betreffende Rechtsverhältniß, kraft dessen der Miether u. s. f. die Sache zu detiniren befugt war, zu Ende, so erscheint das fortgesetzte Haben des Miethers u. s. w. erst dann als eine Rechtsverletzung, wenn er die Sache suo nomine zu besitzen anfängt (direkte Rechtsverletzung, Note 7), oder wenn er auf das Verlangen des Eigenthümers, die Sache zu restituiren, dieselbe ohne rechtlichen Grund, wenngleich in des Eigenthümers Namen, fortbehält (indirekte Rechtsverletzung): so lange der Eigenthümer seinen Willen, daß die Sache restituirt werde, nicht erklärt hat, begeht der nach beendigtem Rechtsverhältniß die Sache im Namen des Eigenthümers innehabende Detentor keine Rechtsverletzung, da er das Eigenthumsrecht des Andern anerkennt und der Wille des Eigenthümers, die Sache zu haben, noch nicht manifestirt ist. (Hiermit stimmen Kierulff I S. 198 Note* und Savigny V S. 284 überein, welche jedoch mit Unrecht behaupten, daß die rei vindicatio nicht früher zu verjähren beginne, als „bis der Detentor durch Weigerung der Restitution das Eigenthumsrecht des Berechtigten läugne"; vgl. unten §. 120 Note 7a). Ebenso ist das Pfandrecht erst dann (indirekt) verletzt, wenn der Sachbesitzer, der die Pfandsache nicht als freie besitzt (Note 7), die Herausgabe der Pfandsache dem die Restitution fordernden Pfandgläubiger ohne rechtlichen Grund verweigert: das bloße Haben der Pfandsache, wenngleich nach fällig gewordener unbezahlter Schuld, enthält an sich keine Rechtsverletzung (wie Kierulff I S. 198 Note** meint, um die richtige Ansicht über die Nativität der actio hypothecaria mit dem Prinzip der Rechtsverletzung als angeblicher Bedingung derselben in Einklang zu bringen), da solange der Pfandgläubiger seinen Willen, sein Pfandrecht zu realisiren, also die Sache zu haben, dem das Pfandrecht an sich erkennenden Sachbesitzer nicht erklärt hat, eine Willenscollision ebensowenig möglich ist, als eine Hinderung des Berechtigten in der von diesem noch nicht gewollten Ausübung seines Rechts.

Handeln) gerichtet sind [8], findet eine Rechtsverletzung daher erst statt, wenn der Wille des Gläubigers, daß nunmehr erfüllt werden solle, dem Schuldner manifestirt worden ist [9] und darauf hin die Leistung dennoch ausbleibt: so lange dieß nicht geschehen ist, so lange der Gläubiger die Erfüllung der Obligatio nicht gefordert hat [10], liegt

---

8) Ist die Obligatio auf ein Unterlassen gerichtet, so liegt in dem obligationswidrigen Handeln stets eine Rechtsverletzung, da der Verpflichtete dem Inhalt der Obligatio direkt zuwiderhandelt, und dem auf Unterlassung gerichteten Willen des Gläubigers unmittelbar sich entgegensetzt.

9) Mit dieser Auffassung der Rechtsverletzung überhaupt als einer Willensverletzung, und der Verletzung des Forderungsrechts insbesondere als des gegen den Willen des Gläubigers stattfindenden Ausbleibens der Erfüllung der Obligatio, stimmen Savigny V S. 285 fg., Kierulff Theorie I S. 192 fg., Puchta Vorles. I S. 204 fg. prinzipiell überein; sie unterscheiden sich jedoch darin von der hier vertretenen Auffassung, daß sie auch bei den Obligationen die Rechtsverletzung als die Bedingung der Nativität der Forderungsklage ansehen, und diesem Prinzip zu Liebe in manchen Fällen eine Verletzung des Forderungsrechts annehmen, in welchen in der That zwar die persönliche Klage nata, dennoch aber eine Rechtsverletzung nicht vorhanden ist; vgl. folgende Note.

10) Der Wille des Gläubigers, daß nunmehr geleistet werden solle, manifestirt sich durch die Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu entrichten, welcher dieser rechtswidriger Weise nicht Folge leistet: eine Rechtsverletzung der auf ein dare oder facere gerichteten Obligatio durch Nichterfüllung ist somit erst vorhanden, wenn die objektiven Voraussetzungen der mora solvendi im technischen Sinn vorhanden sind (vgl. über diesen Begriff vorläufig Mommsen Beiträge zum Obl. R. III §. 1), so daß also zum Dasein der Rechtsverletzung eine Interpellation (Aufforderung), Mahnung, Einmahnung §. 1334 a. b. G. B., Mommsen §§. 5—7) erforderlich ist. (Die nach österr. Recht, §. 1334 a. b. G. B., unzweifelhaft geltende Regel: dies interpellat pro homine hat eben die Bedeutung, daß der Gläubiger seinen Willen, daß an einem bestimmten Tag geleistet werden solle, durch Hinzufügung des dies bereits im voraus erklärt hat, so daß der Schuldner durch die hierauf dennoch ausbleibende Leistung dem Willen des Gläubigers zuwiderhandelt, also die Rechtsverletzung durch Nichterfüllung begeht; über diese Regel vgl. Mommsen §§. 10. 11, Vangerow Pandekt. III §. 588 Anm. 2, Windscheid in der Heidelberg. krit. Zeitschr. Bd III S. 254 fg.) — Savigny, Kierulff und Puchta a. d. a. O. nehmen an, daß eine Verletzung der Obligatio auf eine positive Handlung durch Nichterfüllung schon dann vorhanden sei, wenn die Erfüllung der Obligation „ohne den Willen des Berechtigten, das heißt gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung" ausbleibe, und stellen die Regel auf (vgl. auch Bekker Die prozessualische Consumtion S. 243), daß bei den meisten obligatorischen Rechtsverhältnissen die Erfüllung sofort nach Erstehung der Obligatio erwartet werde, so daß die Rechtsverletzung in den meisten Fällen schon im Moment der Entstehung der Obligatio vorhanden sei, indem die Erfüllung dem auf sofortige Leistung gerichteten Willen des Gläubigers zuwider ausbleibe. Allein diese Auffassung, welche aus dem Bemühen, dem (unrichtigen) Prinzip der Rechtsverletzung als angeblich nothwendiger Bedingung der Nativität der Klage getreu zu bleiben, hervorgegangen ist,

in dem Ausbleiben der Leistung keine Rechtsverletzung [11], da von einer Hinderung des Gläubigers in der Ausübung seines Rechts, von einer

---

ist sicher unhaltbar (vgl. insbes. Vangerow im civil. Archiv Bd XXXIII S. 298 bis 302; jedoch gegen denselben Brinz Pandekt. I S. 166 und insbes. Demelius Untersuchungen I S. 150 fg.). Der Inhalt einer nicht betagten Obligatio ist vielmehr der, daß der Gläubiger zwar sogleich zu fordern berechtigt ist, daß aber der Schuldner, obwohl aus der fälligen Obligatio sofort verpflichtet, doch in der Regel nicht von selbst und unaufgefordert die Obligatio zu erfüllen, dem Gläubiger aus freien Stücken die Leistung entgegenzubringen verbunden ist (nec ultro is, qui debet, sese offerre debet cf. l. 53 pr. D. de fideic. libert. 40, 5 l. 48 D. de V. O. l. 5 D. de R. C. 12, 1), sondern die Aufforderung des Gläubigers zur Erfüllung abwarten kann, ohne durch dieses Zuwarten das Forderungsrecht des Gläubigers zu verletzen (vgl. auch Mommsen III S. 22), so daß es also bei nicht betagten Obligationen der Aufforderung des Gläubigers und der Weigerung des Schuldners bedarf, damit die Nichterfüllung als eine Rechtsverletzung erscheine, vgl. Windscheid Die Actio S. 45. (Dieselbe Bedeutung hat der, allerdings nicht glücklich abgefaßte, §. 1417 a. b. G. B., wonach „wenn die Zahlungsfrist auf keine Art bestimmt ist, die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, erst mit dem Tage eintritt, an welchem die Einmahnung geschehen ist"; dieser § hat in Verbindung mit dem in ihm bezogenen §. 904, wonach „wenn keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrags bestimmt worden, dieselbe sogleich — gefordert werden kann", keinen anderen Sinn, als daß bei unbetagten Obligationen, obwohl die Forderung sofort fällig ist, praesenti die debetur, der Schuldner also zur sofortigen Erfüllung ebenso verpflichtet als berechtigt ist, dieser dennoch nicht von selbst und unaufgefordert Zahlung zu leisten verbunden ist, sondern daß er in der Regel ohne Rechtsnachtheil die Einmahnung des Gläubigers abwarten kann, der sofort zu fordern berechtigt ist und auf dessen gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung der Schuldner sogleich zu zahlen verpflichtet ist, vgl. Zeiller IV S. 124, Nippel Erläuter. Bd VIII 2 S. 137. Der §. 1417 ist in Folge seiner minder gelungenen Fassung von manchen unserer Schriftsteller, so z. B. von Turnes im Jurist. Bd IV S. 52 fg. und neuerlich wieder von Stubenrauch III S. 651 mißdeutet worden, indem sie meinen, daß bei unbetagten Obligationen die Forderung erst durch die Mahnung des Gläubigers fällig werde, daher der Schuldner vor dieser Einmahnung die Zahlung zu leisten nicht berechtigt sei. Diese Ansicht ist irrig; vgl. auch Salaba im Jurist. Bd IV S. 110 fg., Stählin daselbst S. 116 fg. Die unbetagte Obligatio ist sofort fällig, ohne daß es zu ihrer Fälligwerdung noch einer Mahnung bedürfte: l. 14 D. de R. J. In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur, vgl. §. 1416 a. b. G. B. verb. „das Capital — welches schon eingefordert oder wenigstens fällig ist"; der Schuldner ist daher ebenso berechtigt, sofort zu erfüllen, als der Gläubiger sofort zu fordern §. 904 a. b. G. B.; weigert dieser die Annahme, so kann sich der Schuldner durch gerichtliche Deposition von seiner Verbindlichkeit befreien §. 1425 a. b. G. B: ist doch gemeinrechtlich selbst bei betagten Obligationen, nach der Regel dies adjectus pro reo est, nur der Gläubiger nicht berechtigt, vor Eintritt des dies zu fordern, wohl aber der Schuldner früher zu leisten befugt [oben §. 83 Note 5], eine Regel, die jedoch, wenigstens in dieser Allgemeinheit, nach österr. Recht §§. 902. 1413 a. b. G. B., nicht gilt. Es gibt aber allerdings auch Fälle, wo dies pro stipulatore, non pro reo adjectus ist, z. B.

Verletzung seiner Macht keine Rede sein kann, so lange der Gläubiger diese Ausübung gar nicht unternimmt, von seiner rechtlichen Macht

---

l. 1 §§. 45. 46 D. depos. 16, 3 vgl. §. 962 a. b. G. B. l. 22 pr. l. 24 D. de oper. lib. 38, 1; in solchen Fällen ist die Schuld zwar sofort fällig und der Gläubiger daher sofort berechtigt, die Leistung zu fordern, der Schuldner darf aber vor Eintritt des bestimmten oder vom Gläubiger zu bestimmenden Zeitpunkts gegen den Willen des Gläubigers nicht leisten: nur in solchen Fällen ist der Schuldner nicht berechtigt, gegen den Willen des Gläubigers zu einer Zeit zu leisten, wo diesem die Leistung nicht genehm ist). Es ist daher auch unrichtig, wenn Kierulff I S. 195 fg. schon in dem bloßen Ausbleiben der fälligen Leistung an sich eine „den Widerspruch des Obligirten gegen das Recht manifestirende Thatsache", eine stillschweigende Erklärung der Nichtanerkennung des Forderungsrechts sieht.

11) Diese Ansicht, daß schon in dem bloßen Ausbleiben der fälligen Leistung an sich, ganz ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers, eine Rechtsverletzung liege, welche schon von manchen Schriftstellern ausgesprochen wurde (so z. B. von Muther Die Actio S. 41 Note* S. 42 und in den Jahrb. des gemeinen Rechts Bd II S. 126, wie es scheint auch von Brinz I S. 166), ist in neuester Zeit insbesondere von Demelius Untersuch. I Nr. II aufgestellt worden, der sie in scharfsinniger Weise, aber m. E. ohne Erfolg, zu begründen versucht hat. Nach Demelius S. 158 fg. soll man bisher den Begriff der Rechtsverletzung „nicht objektiv genug gefaßt haben": darin, daß „über den Zeitpunkt, in welchem die Forderung fällig wird, hinaus die Leistung ausgelassen wird, liege die objektive Thatsache einer Verletzung der obligatorischen Verbindlichkeit"; „denn die Obligation sei die Herrschaft über einen in einem fremden Vermögen befindlichen Sachwerth; die faktische Bethätigung dieser idealen Macht bestehe darin, daß der Sachwerth in das Vermögen des Gläubigers gebracht werde; — sobald ein Schuldverhältniß als ein gegenwärtiges wirksames begründet sei und der geschuldete Vermögenswerth nicht an den Gläubiger gelange, sei er mit Unrecht im Vermögen des Schuldners; das Recht verwirkliche sich nicht praktisch: es sei verletzt." (S. 158.) So lange die fällige Forderung nicht erfüllt sei, „liege die Verrückung der Grenzen zweier Rechtskreise" (S. 158. 163), somit eine rein objektive Rechtsverletzung vor; ob der Gläubiger gewillt ist, diese „Verrückung" einstweilen noch zu dulden, sei ein rein thatsächlicher, zufälliger, indifferenter Umstand, da „die geschuldete Leistung vom Schuldner dem Gläubiger nach der Norm des objektiven Rechts gewährt werden soll." Diese Ansicht von einer s. g. rein objektiven Rechtsverletzung, welche ihre Existenz wohl nur dem Bestreben verdankt, dem Begriff der Rechtsverletzung, als der nun einmal für unerläßlich gehaltenen Bedingung der actio nata, eine Bedeutung beizulegen, wodurch er eine ausreichende Spannkraft und Tragfähigkeit erlangt, um für alle Fälle der Nativität der Klage als Stützbalken zu dienen, ist m. E. verkünstelt und unhaltbar (vgl. auch Dworzak Krit. Übersch. V. S. 9. 10 und besonders Esmarch in der österr. Ger. Zeit. 1857 Nr. 81). Ganz abgesehen von der zweifelhaften Richtigkeit jenes Obligationsbegriffes (denn wo ist z. B. im Fall eines Depositums, Commodats oder Precariums „eine Herrschaft über einen im fremden Vermögen befindlichen Sachwerth" vorhanden?), es ist nicht richtig, daß „das sich nicht praktisch verwirklichende Recht" an sich ein verletztes ist: das Recht, das sich mit dem Willen des Berechtigten nicht verwirklicht, ist im Zustand der Ruhe und des Friedens, nicht in dem der Verletzung; erst wenn sich

keinen Gebrauch machen will, somit das Verhalten des nicht leistenden Schuldners mit dem Willen des nicht fordernden Gläubigers nicht in Widerspruch ist[11a].

---

das Recht in Bewegung setzt und auf Widerstand stößt, wenn der Gläubiger sein Recht realisiren will und der Schuldner die Erfüllung verweigert, ist die Herrschaft eine gekränkte, das Recht ein verletztes. Es ist ferner eine petitio principii, wenn Demelius behauptet, „die durch das Bestehen eines jeden Forderungsrechts gezogene Rechtsgrenze sei verrückt", sobald die fällige Leistung ausbleibe: denn der Schuldner, der die fällige Schuld anerkennt, verrückt die Rechtsgrenze nicht, sondern hält sie vielmehr ein, indem er sich als obligirt betrachtet. Der geschuldete Vermögenswerth, der noch nicht an den Gläubiger gelangt ist, ist deßhalb allein nicht „mit Unrecht im Vermögen des Schuldners": das bloße Haben dessen, was der Gläubiger bekommen soll, ist an sich nicht ein rechtswidriges: wäre dieß der Fall, so wäre eigentlich jedes Creditiren (im weitesten Sinn l. 1 l. 2 §§. 3. 5 D. de R. C. 12, 1) eine „Verrückung der Grenzen zweier Rechtskreise", da der Gläubiger aus seinem Rechtskreis in den Rechtskreis des Schuldners etwas herüberträgt, was doch nicht in diesem bleiben, sondern vielmehr in den Rechtskreis des Gläubigers zurückkehren soll (mox recepturi l. 1 cit.): die Eingehung einer Obligatio wäre nicht Begründung eines Rechtsverhältnisses, sondern Herbeiführung eines objektiv rechtswidrigen Zustandes, Erfüllung der Obligatio nicht Lösung eines Rechtsverhältnisses, sondern Wiederherstellung der Grenzen objektiv verrückter Rechtskreise. (Gegen diese Consequenz hat sich Demelius S. 167 fg. nur in künstlicher Weise zu wahren vermocht.) Und wie erst in den Fällen, wo dies pro stipulatore adjectus ist? Nach Demelius S. 181. 182 ist in jenem Fall, wo der Depositar die Sache bis zu einem gewissen Zeitpunkt verwahren muß, dennoch von der Hingabe der Sache an die actio depositi directa nata, also eine objektive Rechtsverletzung vorhanden: der Depositar, der die Sache pflichtmäßig verwahrt und dieselbe vor Eintritt des dies gar nicht zurückgeben darf (l. 1 §§. 45. 46 D. depos. 16, 3 §. 962 a. b. G. B.), soll sich trotz alledem in einem Zustand der Rechtsverletzung befinden? Kann man aber in der That in einem solchen Fall von einer „Verletzung der obligatorischen Verbindlichkeit" sprechen? Oder ist es etwa der Deponent, der die Rechtsverletzung dadurch herbeiführt, daß er die Sache noch nicht zurückfordert (vgl. Demelius S. 182), so daß also nicht bloß wenn der Schuldner nicht sofort erfüllt, sondern auch wenn der Gläubiger nicht sofort fordert, was ihm der Schuldner nicht verweigern darf, eine „Verrückung der Grenzen zweier Rechtskreise" stattfände? Dieß führt auf den Grundirrthum der Auffassung von Demelius, welcher m. E. darin besteht, daß er das objektive und das subjektive Recht verwechselt. Gäbe es eine „Norm des objektiven Rechts", wonach die fällige Leistung vom Schuldner dem Gläubiger sofort gewährt werden soll, also eine Rechtsregel, welche kategorisch, ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers, die sofortige Erfüllung der fälligen Obligatio vorschriebe, dann wäre allerdings der Zustand des Nichthabens dessen, was der Gläubiger kraft seines Rechts bereits haben kann und soll, ein objektiv rechtswidriger. Dennoch aber wäre selbst unter dieser Voraussetzung, so lange sich das Forderungsrecht mit dem Willen des Gläubigers nicht praktisch verwirklicht, nur jene Rechtsvorschrift, also das objektive Recht, nicht aber das sich noch nicht verwirklichende Recht, also das subjektive Forderungsrecht selbst verletzt. Denn das subjektive Recht ist eine Macht, von welcher der Berechtigte nach Belieben Gebrauch machen kann

III. Der Privatrechtsschutz im Allgemeinen.

§. 110. Im Wesen des Rechts liegt das Element der Erzwingbarkeit (Bd I §. 58): soll das Recht Realität haben, so muß es die Macht haben, sich auch dem Widerstrebenden gegenüber zur Anerkennung und Geltung zu bringen. Wie das objektive Recht, so läßt sich auch das subjektive Recht ohne die Macht, seine Negation, das Unrecht aufzuheben, nicht denken: gelangt das Recht in der Negation (Wiederaufhebung) seiner Negation zur concreten Erscheinung als Macht, so wäre der Wille, welcher nicht die Kraft hätte, den widerstrebenden Willen des Unterworfenen zu beugen und dessen Widerstand zu brechen, nicht reelle Willensmacht, nicht actuelle wirkliche Willensherrschaft. In dieser Aufhebung des Unrechts, in der Beseitigung der eingetretenen Verletzung, besteht der Schutz des Rechts. Ist nun das civile Unrecht die Nichtanerkennung unseres Privatrechts, ist die praktische Privatrechtsverletzung die Hinderung oder Störung in der Ausübung unseres Privatrechts (§. 109), so muß der Schutz des Rechts darin bestehen, daß der Verletzer genöthigt wird, unser Recht anzuerkennen und daß die Trennung von Recht und Faktum aufgehoben respektive gehindert, also jener faktische Zustand hergestellt respektive erhalten wird, welcher unserem Recht entspricht [1]. Der Verletzte kann die Anerkennung seines Rechtes sowohl im Weg des Angriffs als im Weg der Vertheidigung gegen einen von dem Verletzer ausgehenden Angriff erzwingen: in jenem Fall verfolgt er sein Recht (Verfolgung der Rechte [2]), in diesem vertheidigt er das-

---

(Bd I §. 58); will der Gläubiger das noch nicht haben, was er zu bekommen beberechtigt ist, so ist sein subjektives Recht nicht verletzt (vgl. Windscheid Die Actio S. 44); ein Verhalten, welches dem Willen des Berechtigten gemäß ist, kann kein (subjektiv) rechtswidriges sein (vgl. Böcking I §. 129 §. c., Esmarch S. 320): die Auffassung von Demelius verstößt gegen das Wesen des subjektiven Privatrechts und gegen das privatrechtliche Axiom: volenti non fit injuria (vgl. auch Schirmer in der Note 738 a. E. zu Unterholzner Ausführl. Verjährungslehre Bd II S. 305).

11a) Nebst dieser Verletzung der Obligatio durch das dem Willen des Berechtigten zuwider stattfindende Ausbleiben der fälligen Leistung gibt es noch eine Verletzung der Obligatio durch das schuldhafte Handeln wider den Inhalt der bestehenden Obligatio (vgl. oben §. 100), also durch Dolus und Culpa (vgl. vorläufig Puchta Pandekt. §. 264 fg., Arndts Pandekt. §. 250).

1) Vgl. Puchta Institut. I §. 29 II §§. 149. 208.

2) Die Rechtsverfolgung überhaupt, insbesondere die gerichtliche, heißt persecutio, so kommen in den Quellen wiederholt die Ausdrücke vor sui juris per-

selbe (Vertheidigung, Erhaltung der Rechte [2a]), in beiden Fällen macht er es geltend (Geltendmachung der Rechte). Da nun jedes Privatrecht entweder seiner Natur nach als Rechtsanspruch existirt oder doch durch seine Beziehung auf einen bestimmten Dritten die Gestalt des Rechtsanspruchs annimmt (§. 108), so besteht die Durchsetzung der Privatrechte in der Durchsetzung civilrechtlicher Ansprüche: die Geltendmachung der Rechte ist die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche, und der Schutz der Privatrechte besteht in der zwangsweisen Realisirung concreter Rechtsansprüche.

Die Macht, welche das Recht schützt, kann die eigene Macht des Berechtigten oder eine höhere über den Parteien stehende Macht sein: den Schutz der Rechte bewirkt die eigene Macht (Eigenmacht, Selbsthülfe) oder die Macht der Obrigkeit, welche in dieser Funktion Richter heißt. Hiernach gibt es einen außergerichtlichen und einen gerichtlichen Rechtsschutz.

Zweiundzwanzigstes Capitel.

Der eigenmächtige Rechtsschutz. Die Selbsthülfe.

§. 111. Die Handlungen zum Schutz des Rechts durch eigene Macht können in zweifacher Richtung und Absicht unternommen werden: um einen Angriff auf die eigene Person oder das eigene Vermögen, überhaupt einen Eingriff in den eigenen Rechtskreis abzuwehren respektive zu beseitigen, oder um einen wirklichen oder vermeintlichen [1] Anspruch gegen eine bestimmte Person durch einseitigen

---

secutio (l. 46 D. de pact. 2, 14), ususfructus persecutio (l. 3 D. si ex noxali 2, 9), pignoris persecutio (z. B. l. 40 §. 2 l. 41 D. de pigner. act. 13, 7), hereditatis persecutio (l. 5 §. 4 D. de leg. praest. 37, 5) u. s. f. Persecutio im engsten Sinn heißt bekanntlich die gerichtliche Rechtsverfolgung im Weg der extraordinaria cognitio, im Gegensatz von actio und petitio cf. l. 28 D. de O. et A. (44, 7) l. 178 §. 2 D. de V. S. vgl. Savigny System V S. 8.

2a) Beide Arten des Rechtsschutzes finden sich nebeneinander genannt in der Definition der Bonorum Possessio als des jus persequendi retinendique patrimonii (defuncti) l. 3 §. 2 D. de B. P. (37, 1).

1) Es ist zwar wiederholt behauptet worden (so z. B. Linde in der Gieß. Zeitschr. Bd I S. 394. 395), daß von Selbsthülfe eigentlich nur dann die Rede sein könne, wenn demjenigen, welcher einen Rechtsanspruch durch eigene Macht

eigenen Zugriff zu realisiren. Dort sucht man sich durch eigene Macht in seinem Rechtszustand zu erhalten[2], hier greift man selbstthätig in eine fremde Rechtssphäre ein; dort ist man der Sache nach, wenn auch nicht immer der Form nach, in der Defensive, hier in der Offensive: in jenem Fall erscheint die Selbsthülfe (Eigenmacht) im weiteren Sinn als Selbsterhaltung (Selbstschutz im engeren Sinn) insbesondere als Selbstvertheidigung, in diesem Fall als eigenmächtige einseitige Selbstbefriedigung (Selbsthülfe, Eigenmacht, im engeren eigentlichen Sinn[2a]). Die Selbstvertheidigung ist regelmäßig erlaubt, die Selbstbefriedigung in der Regel unerlaubt §. 19 a. b. G. B. (vgl. §§. 29. 36 Thl I westgal. Gesetzb.)[3].

---

zu realisiren sucht, dieser Ausspruch wirklich zustehe. Allein, sowie eine Klage im formellen Sinn vorhanden ist, wenngleich das Recht, welches in der Klage geltend gemacht wird, dem Kläger nicht zusteht, ebenso ist der Akt der Selbsthülfe, die eigenmächtige Handlung, vorhanden, wenngleich dem Handelnden der Rechtsanspruch selbst gar nicht gebührt, den er einseitig befriedigt hat (vgl. auch l. 7 C. unde vi 8, 4). Nur so viel ist allerdings für das gemeine Recht wahr, daß wenn ein vermeintlicher Gläubiger Sachen seines angeblichen Schuldners ohne dessen Willen und ohne richterliche Ermächtigung in Besitz nimmt, die im decretum divi Marci (l. 7 D. ad. leg. Jul. de vi priv. 48, 7 l. 13 D. quod met. caus. 4, 2) verhängte Privatstrafe (Verlust der Forderung) nicht zur Anwendung kommt, vgl. Bensey im Rhein. Mus. Bd VII S. 17. 38, Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 428 (obgleich man das Gegentheil öfters z. B. Sartorius in der Gieß. Zeitschr. Bd XX S. 21—23 mit Unrecht behauptet hat, vgl. dagegen auch Arndts §. 94 Anm. 2 a. E.).

2) Daraus ergibt sich von selbst, daß man das s. g. Retentionsrecht wegen connexer Gegenforderungen (vgl. unten §. 125 Note 17. 19), welches vor dem Richter mittelst dilatorischer Einrede geltend gemacht wird, nicht als „versuchte Selbsthülfe" (in Form der Vertheidigung) auffassen kann, wie dieß früher öfters geschah (vgl. z. B. Glück Bd XV §. 937, Mühlenbruch Lehrb. I §. 135), und selbst h. z. T. noch geschieht (vgl. z. B. Koch Preuß. Privatr. I §. 207, Stubenrauch I S. 120), da sich der Beklagte vielmehr mit Hülfe des Richters gegen die gegenwärtige Realisirung des Klageanspruchs schützen will; gegen jene Auffassung des Retentionsrechts als erlaubter Selbsthülfe vgl. Schenck Die Lehre von dem Retentionsrecht (1837) §. 15 S. 65 fg., Puchta Vorles. I S. 215, Wächter II S. 405, Böcking §. 129 Note 16, Arndts §. 102 Note 3.

2b) Einen eigenthümlichen Sinn verbindet Linde S. 394 mit diesen Ausdrücken, indem er unter Selbstvertheidigung die Fälle erlaubter, und unter Selbsthülfe die Fälle unerlaubter Eigenmacht versteht; diese Terminologie läßt sich nicht empfehlen; vgl. dagegen auch Schwarze in der Note 4 angef. Abh. Note 55.

3) Dieses Prinzip stellt auch die l. 29 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2) auf, indem sie unterscheidet, ob der eigenmächtig Handelnde in suo protexit, an in alieno fecit. Auch das bürgerl. Gesetzb. §. 19 unterscheidet diese beiden Fälle: „eigenmächtige Hülfe" — „Nothwehr" (vgl. Zeiller II S. 94 und §. 252 fg.

I. Selbsthülfe im technischen Sinn ist vorhanden[4], wenn jemand seinen wirklichen oder vermeintlichen Anspruch durch eigenmächtiges Einschreiten gegen die Person oder die Sachen seines Gegners[4a] befriedigt. Das Charakteristische dieser Selbsthülfe besteht darin, daß man sich einseitig, das ist ohne Einwilligung des Gegners und ohne Dazwischenkunft des Richters („mit Hintansetzung der durch die Gesetze bestimmten Behörde" §. 19 a. b. G. B.) unmittelbar selbst Recht verschafft[5], indem man zur Befriedigung oder auch nur zur

---

des sächs. Entw.). Vgl. Böcking I §. 129 und jetzt auch Osterloh Lehrb. des gem. deutsch. Civilprozeß. Bd I (1856) §. 15. — Puchta Pandekt. §. 80 Vorles. I S. 180 fg. (dem Arndts §. 94 beizustimmen scheint) stellt ein anderes Prinzip auf: „Daß eine Handlung zum Zweck des eigenen Schutzes eines Rechtes vorgenommen wurde, ist für ihre rechtliche Bedeutung zunächst noch indifferent. Durch jenen Zweck wird 1) eine widerrechtliche Handlung nicht entschuldigt, 2) eine sonst erlaubte Handlung nicht widerrechtlich." Dieses Prinzip ist m. E. unrichtig (vgl. auch Puchta selbst im Cursus der Instit. I §. 29), da vielmehr umgekehrt eine widerrechtliche Handlung in manchen Fällen allerdings entschuldigt wird, weil sie zum selbsteigenen Schutz des Rechts vorgenommen wurde, und aus dem gleichen Grund eine an sich erlaubte Handlung unter Umständen als widerrechtlich erscheint: so ist das Zerstören oder Beschädigen einer fremden Sache an sich widerrechtlich, dennoch aber wird es entschuldigt, wenn und weil es aus Nothwehr geschah (l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. ad leg. Aquil. l. 3 §. 7 D. de incend. 47, 9, unten Note 24); ebenso ist das Wegnehmen einer Sache an sich nicht widerrechtlich und dennoch erscheint es als solches, wenn und weil es unter den Begriff der verbotenen Selbsthülfe fällt (l. 7 cit. l. 13 cit.).

4) Der Begriff der Selbsthülfe läßt sich für das österr. Recht allgemeiner fassen, als für das römische Recht, nach welchem die Voraussetzungen und Folgen der Selbsthülfe in verschiedenen Fällen verschieden sind (vgl. die folg. Noten). Über die Selbsthülfe nach justinianischem und heutigem gemeinen Recht vgl. Linde „Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe" in der Gieß. Zeitschr. Bd I Nr. XXI S. 392 fg. Benfey „Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe" im Rhein. Mus. Bd VII S. 1 fg., Sartorius „Nachforschungen über das decretum D. Marci" in der Gieß. Zeitschr. Bd XX S. 1 fg., Fritz Erläut. I S. 125 fg., Vangerow I §. 133, Schwarze Art. Selbsthülfe im R. L. Bd X S. 125 fg.

4a) Auch wenn man Sachen eines Dritten eigenmächtig in Besitz nimmt, um sie als Pfänder zu haben (eigenmächtige Pfändung, pignoratio, ἐνεχυριασμός), ist Selbsthülfe vorhanden: diese Pfändung gibt natürlich kein Pfandrecht und der Gepfändete kann mancherlei Klagen (persönliche und dingliche, petitorische und possessorische) auf Rückgabe der Sache haben; die durch nov. 52 c. 1 (vgl. Benfey S. 31. 32) verhängte Privatstrafe des Verlusts der Forderung und der Restitution des vierfachen Werths der abgepfändeten Sache besteht nach österr. Recht nicht, vgl. Note 16.

5) In diesem Sinn heißt es in der l. 7 D. cit. Vis (Eigenmacht, Selbsthülfe) est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit — quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non

Sicherstellung seines Anspruchs dem Gegner Sachen, wenngleich nicht mit Gewalt gegen dessen Person[6], wegnimmt[7], oder ihm durch an sich rechtswidrige Drohungen[8] die Tradition der geschuldeten Sachen[9], überhaupt die Entrichtung der geforderten Lei-

---

ab ipso sibi traditam (vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam l. 13 cit.) sine ullo judice temere possidere (vel accepisse l. 13) eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. Daher wird die allgemeine Regel aufgestellt: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor esse (l. 7 l. 13 cit.). Denselben Grundsatz spricht das bürgerl. Gesetzb. in den §§. 320. 339. 1338 aus. (Dagegen ist in den §§. 319. 1109 und 1371 nicht etwa „das Verbot der eigenmächtigen Selbsthülfe" ausgedrückt, wie Stubenrauch I S. 120 irrig meint.)

6) Vgl. Note 5 und über diesen Begriff der vis Linde S. 417 fg., Benfey S. 12. 19, Sartorius S. 36 fg. Dieß gilt nach österr. Recht aber nicht bloß dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner, sondern auch wenn der Eigenthümer dem Besitzer seine Sache eigenmächtig wegnimmt, während nach gemeinem Recht in diesem Falle (wenigstens nach der Ansicht mancher Schriftsteller z. B. Benfey S. 39, Vangerow I S. 212, Schwarze S. 133) Gewaltthätigkeit gegen die Person (vis atrox) erfordert wird, um in die Strafe der l. 7 C. unde vi (8, 4) zu verfallen.

7) So wenn der Gläubiger dem Schuldner Sachen desselben wegnimmt (rem ullam debitoris, also rem ex bonis desselben vgl. Benefey S. 24. 25), ja nach österr. Recht selbst wenn der Gläubiger dem Schuldner die ihm (dem Gläubiger) gehörige Sache (rem creditoris z. B. die geliehene, deponirte Sache) eigenmächtig wegnimmt, in welchem Fall nach röm. Recht die Selbsthülfe nicht mit der Privatstrafe der l. 7 D. cit. belegt ist, vgl. Benfey S. 7. 8, Sartorius S. 24 fg. (der mit Unrecht noch weiter geht und behauptet, daß das Dekret auf Wegnahme des Schuldgegenstands überhaupt nicht gehe, vgl. dagegen Arndts §. 94 Anm. 2 a. E.). Ferner wenn der Eigenthümer dem juristischen Besitzer, ja selbst dem Detentor die Sache eigenmächtig, wenngleich ohne Gewaltthätigkeit (Note 6), wegnimmt, während nach röm. Recht (l. 7 C. unde vi vgl. Savigny Besitz §. 40 besond. S. 533. 534, Benfey S. 32 fg., Arndts §. 173 Anm. 1, Ihering Geist des röm. Rechts I S. 151. 152 Note 67) der Eigenthümer befugt ist, die Sache demjenigen, der sie in seinem Namen z. B. als Pächter inne hat, selbst gewaltsam wegzunehmen, eine Bestimmung, die auch in das preuß. Landr. (A. L. R. I 7 §§. 144. 145, vgl. Koch Preuß. Privatr. I §. 206) übergegangen ist, nach österr. Recht aber nicht gilt, vgl. auch Note 16.

8) Ist die Drohung nicht an sich rechtswidrig (oben §. 80), z. B. der Gläubiger droht dem Schuldner, ihn mit Klage zu belangen oder den Personalarrest gegen ihn vorzunehmen, so ist der Fall eigenmächtiger Selbsthülfe nicht vorhanden.

9) l. 13 D. cit. (4, 2); bekanntlich besteht hierin die Erweiterung, welche das decretum D. Marci (l. 7 cit.) erhielt, indem dieses ursprünglich nur auf eigenmächtiges Hinwegnehmen von Sachen des Schuldners sich bezog, während jetzt auch eine erzwungene Tradition darunter begriffen wurde; vgl. Benfey S. 9 fg. 11 fg., Sartorius S. 12 fg., Vangerow I S. 211.

stung[10] abnöthigt, oder sonstwie zur Realisirung seines Rechtes in die fremde Rechtssphäre einseitig eingreift[11]. Die Selbsthülfe ist heutigen Tages als solche, der Regel nach, als Unrecht zu betrachten (§. 19 a. b. G. B.), da sie dem modernen Begriff der Staates widerspricht[12], wonach dieser als Wächter und Vollzieher der Rechts-

---

10) Ja dieß gilt selbst dann, wenn der Schuldner bereits rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt ist, vgl. Note 13. (Im Fall eines Abzwingens der nicht im Geben von Sachen bestehenden Leistung findet das Dekret Mark Aurels, also die röm. Privatstrafe der Selbsthülfe, keine Anwendung, vgl. Sartorius S. 27.)

11) So z. B. wenn der Eigenthümer den in seinen Luftraum hineinragenden Erker des fremden Hauses wegreißt l. 29 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2) Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit: debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere, nec esse aequum, damnum me pati recisis a te meis tignis —. Das Charakteristische der Selbsthülfe (das jus sibi dicere, sine judice reposcere) besteht darin, daß man sich einseitig dasjenige verschafft, was einem wirklich oder vermeintlich gebührt, also selbstthätig in den fremden Rechtskreis eingreift. Es ist daher Selbsthülfe nicht vorhanden, wenn man Mittel und Wege einschlägt, um den Schuldner zur Zahlung zu bestimmen, indem man ihn z. B. durch Täuschung hiezu bewegt oder ihn wiederholt drängt und mahnt, oder ihn in öffentlichen Blättern unter wirklicher oder angedrohter Angabe seines Namens zur Zahlung auffordert, vgl. Linde S. 422—424, Benfey S. 17, Wächter II §. 60 Note 2 (ob in der letztgenannten Handlung eine strafbare Injurie liege, ist hier nicht zu untersuchen). Daher kann man aber auch nicht in der Vorschrift des §. 797 a. b. G. B., trotz des daselbst gebrauchten Ausdrucks „eigenmächtig" (sine judice), ein Verbot der Selbsthülfe finden (wie Stubenrauch I S. 120 meint), da der Erbe, der sich die Erbschaftssachen ohne richterliche Dazwischenkunft nimmt, nicht in einen fremden Rechtskreis selbsthandelnd eingreift, und nicht jedes sine judice Handeln „Selbsthülfe" im technischen Sinn ist.

12) Anders im älteren einfacheren Rechtsleben, wo der Verletzte noch selbstthätig gegen das ihm zugefügte Unrecht reagirt und der Staat noch nicht Organe zur Verwirklichung des Rechts aus sich heraus getrieben hat: „mit Selbsthülfe und Rache hat ein jedes Recht begonnen." Daß dieß auch im älteren römischen Recht so gewesen sei, darüber vgl. Ihering Der Geist des röm. Rechts Bd I §§. 11. 12; daß es sich im älteren deutschen Recht ebenso verhalten habe, ist bekannt, vgl. jetzt auch Walter Deutsche Rechtsgesch. II §. 574, Platner Histor. Entwickl. des deutsch. Rechts Bd II §. 6, Siegel Gesch. des deutschen Gerichtsverfahr. I (1857) §§. 1—6. — Wenn Puchta Vorles. I S. 180 behauptet, „das Prinzip, Eigenmacht und Selbsthülfe seien an sich schon etwas Widerrechtliches, sei ein modernes Prinzip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen", so verwechselt er m. E. die privatrechtliche Selbsthülfe mit dem allerdings höchst wünschenswerthen self-government im öffentlichen Leben; vgl. dagegen l. 176 pr. D. de R. J. Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, si occasio sit majoris tumultus faciendi und Schwarze S. 126.

ordnung erscheint, welcher durch von ihm gesetzte Richter das Recht, wenn auch nicht ausschließlich weiset, so doch ausschließlich zur Verwirklichung bringt[13]. Wer Selbsthülfe übt, begeht ein Delikt und muß das Abgenommene (Spolium) sofort restituiren[14], sowie überhaupt allen durch die Selbsthülfe zugefügten Schaden ersetzen (§. 19 a. b. G. B.): eine Privatstrafe[15] der Selbsthülfe findet jedoch nach österreichischem Recht[16] nicht statt, es verliert also der Eigen-

13) Der heutige Staat hat „ein Monopol auf die Exekution", daher können sich die Parteien zwar in der Regel an einen Schiedsrichter wenden (§. 1391 a. b. G. B. §. 270 fg. A. G. O. §. 376 fg. prov. C. P. O.), um einen Ausspruch über ihr streitiges Recht zu erlangen, aber der Schiedsrichter hat keine Macht, das Urtheil zu vollziehen, sondern die Exekution schiedsrichterlicher Erkenntnisse ist von dem „ordentlichen" d. h. von dem vom Staat bestellten Richter vorzunehmen (§. 383 prov. C. P. O. Resol. 31. Okt. 1785 lit. qq., Wessely I Nr. 932). Daraus erklärt es sich auch, daß die Bewilligung des Schuldners, daß der Gläubiger im Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eigenmächtig einschreiten dürfe, den Gläubiger doch nicht berechtige, mit Gewalt dem sich sträubenden Schuldner Sachen wegzunehmen, während in der ungewaltsamen Wegnahme derselben natürlich keine Selbsthülfe liegt, da sie ja vom Schuldner gestattet wurde cf. l. 3 C. de pign. (8, 14) l. 11 C. de pign. act. (4, 24) vgl. Benfey S. 20 fg., Linde S. 421, Wächter II S. 405. 406. (Über die s. g. Pfändungsclausel „mit und ohne Recht" des Mittelalters und ihre heutige Anwendbarkeit vgl. Wilda in der Zeitschr. f. deutsch. Recht I S. 205 fg., Gerber System §. 69 Note 6, Beseler System I S. 286.)

14) Über diese Obligatio ex delicto und über die verschiedenen Klagen, die dem Spoliirten zu Gebote stehen können (so unter Umständen auch das interdictum recuperandae possessionis §. 345 a. b. G. B.), das Nähere im besonderen Theil.

15) Die Selbsthülfe kann nach Verschiedenheit des Falls verschiedene öffentliche Strafen nach sich ziehen, so z. B. wenn der Gläubiger gegen die Person des Schuldners gefährliche Drohungen oder Gewalt braucht (§§. 93. 99 Strafg. vgl. Glaser Abhandl. aus dem österr. Strafrecht I [1858] S. 174. 175), oder wenn der Fall des §. 83 Strafr. (vgl. §. 344 a. b. G. B.) vorhanden ist; ob die Selbsthülfe an sich, als solche, nach österr. Recht strafbar sei, ist hier nicht zu erörtern.

16) Anders bekanntlich nach römischem Recht, wonach der Gläubiger, der Selbsthülfe geübt hat, das jus crediti (l. 7 cit. l. 13 cit.), und derjenige, der sich gewaltsam in den Besitz einer von einem Andern besessenen Sache gesetzt hat, das Eigenthumsrecht daran verliert resp. den Werth der ihm nicht gehörenden Sache bezahlen muß (l. 7 C. cit. 8, 4 §. 1 I. d vi bon. rapt. 4, 2); ob dieser Privatstrafen auch noch heutzutage gemeinrechtlich gelten, ist bekanntlich bestritten vgl. Vangerow §. 133 a. E., Arndts §. 94 Anm. 2 a. E.; die neueren Gesetzgebungen haben dieselben fallen gelassen. (Es kennt das österr. Recht auch nicht die ad similitudinem invasoris alienae possessionis eingeführte Privatstrafe, daß derjenige, der eine Sache als Miether oder precario besitzt und dieselbe dem Vermiether oder precario dans nicht eher zurückgibt, als bis er geklagt und in Gemäßheit der Klage zur Rückgabe verurtheilt ist, nebst der Sache den Werth derselben zur Strafe dem Sieger geben muß l. 10 C. unde vi 8, 4 l. 34 C. de loc.

mächtige das Recht nicht, welches er einseitig zu realisiren gesucht hat, sondern kann dasselbe noch immer gerichtlich verfolgen. — Von dieser Regel findet der Natur der Sache nach eine allgemeine Ausnahme statt, wenn die Selbsthülfe wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hülfe ausgeübt wurde, um einen sonst bevorstehenden unwiederbringlichen Verlust abzuwenden[17]. Ueberdieß besteht noch eine andere[17a] rein singuläre aus dem deutschen Recht[18] zu erklärende Ausnahme, indem unter gewissen Voraussetzungen eigenmächtige Pfändung von Vieh[19] gestattet ist (§§. 1321. 1322 a. b. G. B.): dieser

4, 65 vgl. Benfey S. 42, Glück Bd XVII §. 1060 Note 46. Dem Vermiether und Verpächter, der nach österr. Recht auch nicht eigenmächtig seine Sache dem Bestandnehmer wegnehmen darf, Note 7, wird durch ein besonderes gerichtliches Verfahren die Möglichkeit verschafft, seine Sache sofort nach Beendigung des Bestandverhältnisses mittelst gerichtlicher Hülfe zurückzubekommen, kais. Verordn. 16. Nov. 1858 R. G. B. Nr. 213.)

17) Z. B. man ertappt den Besitzer seiner Sache oder den Gläubiger auf der Flucht und nöthigt ihn zur Zahlung oder nimmt ihm die Sache ab l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42, 8) vgl. Puchta Vorles. I S. 182. In diesem Fall darf man selbst die Person des Gegners festhalten, vgl. jedoch §. 93 Strafg. Die im Text aufgestellte Ausnahme spricht noch das westgal. Gesetzb. I §. 40 aus; sie findet sich auch im A. L. R. Einl. §. 78 und im sächs. Entw. §§. 255. 256 hervorgehoben.

17a) Die Bestimmung des §. 422 a. b. G. B., wonach „jeder Grundeigenthümer die Wurzel eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen und die über seinem Luftraum hängenden Äste abschneiden oder sonst benützen kann“ (cf. D. tit. de arbor. caed. 43, 27 l. 1 C. de interd. 8, 1 vgl. Arndts §. 347), ist nicht als Erlaubniß der Selbsthülfe (wie allerdings nach röm. Recht l. 1 §. 6 D. cit.) aufzufassen, sondern aus eigenthümlichen Prinzipien des deutschen Rechts (dem s. g. Überhangsrecht vgl. Gerber System §. 91 Nr. 3) zu erklären.

18) Vgl. hierüber den trefflichen Aufsatz von Wilda in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd I S. 167 fg. 227 fg.; vgl. auch Walter Deutsche Rechtsgesch. II §. 571, Gerber System §§. 69—71, Beseler System I §. 55. Die Pfändung erscheint hier als das Mittel zur Sicherung der aus der Beschädigung des Grundstücks entstandenen Forderung; darüber daß hier „unvermeidliche Eigenmacht zu einem Recht erhoben worden sei“, daß die Pfändung wegen Schadens „Zugeständniß von Eigenmacht sei, um von dem Gebrauch einer weitergehenden Gewaltthat abzuhalten“ vgl. Wilda S. 229, Gerber §. 69. — Das röm. Recht gestattet in diesem Fall bekanntlich eigenmächtige Pfändung nicht l. 39 §. 1 D. ad leg. Aquil., sondern gibt eine eigene actio de pastu l. 14 §. 3 D. de praescr. verb. (19, 5) vgl. Arndts §. 327.

19) Eine Pfändung von Personen wegen Beschädigung eines Grundstücks (Wilda S. 241 fg.) ist nach österr. Recht unstatthaft. Ebenso wenig kennt das österr. Recht eine eigenmächtige Pfändung um Schuld (vgl. Wilda S. 190 fg., Siegel Gesch. des deutsch. Gerichtsverf. I §. 5); selbst der Erbzins- und Erbpachtsherr durfte die fälligen Zinsen seiner Hintersassen nicht eigenmächtig ein-

Fall erlaubter Selbsthülfe hat im Obligationenrecht seine Darstellung zu finden[19a].

II. Selbstvertheidigung gegen widerrechtliche Angriffe ist erlaubt. Insbesondere darf man selbst Gewalt anwenden[20] zur Abwendung eines thätlichen Angriffs auf unsere Person oder unser Vermögen, zur Erhaltung des bedrohten Rechtes oder zur unmittelbaren[20a] Wiedererlangung des rechtswidrig Abgenommenen, dafern die Anwendung der Gewalt nur in den Schranken der Vertheidigung gegen drohendes oder sich verwirklichendes Unrecht bleibt (Nothwehr, „angemessene Gewalt" §. 344 a. b. G. B. moderamen inculpatae tutelae[21]): überschreitet man die Grenzen der erlaubten („gerechten",

---

treiben (§§. 1135. 1136 a. b. G. B.), wie dieß allerdings nach gemeinem deutschen Recht der Fall war (Sachsensp. I 54 §. 4 III 20 §. 2, vgl. Wilda S. 209 fg., Walter Rechtsgesch. §. 573).

19a) Mit Unrecht, wie ich glaube, handeln die meisten Schriftsteller im allgemeinen Theil von dieser eigenmächtigen Pfändung, welche in ihren Detailbestimmungen doch nur ein ganz spezielles Interesse hat..

20) l. 1 §. 4 l. 3 D. de just. et jure (1, 1). — Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. l. 4 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2) — Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere — l. 45 §. 4 D. eod. — vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt — l. 1 §. 27 D. de vi (43, 16) Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur. l. 1 C. quando liceat (3, 27) Melius est enim occurrere in tempore, quam post exitum vindicare. (Als ein „angeborenes Recht" führt das westgal. Gesetzb. I §. 29 das „Recht sich und das Seinige zu vertheidigen" neben anderen „angeborenen" Rechten z. B. „dem Recht sein Leben zu erhalten, die dazu nöthigen Dinge sich zu verschaffen, seine Leibes- und Geisteskräfte zu veredeln" u. s. f. auf.) Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich im §. 344 a. b. G. B. cf. l. 1 C. unde vi (8, 4) vgl. Savigny Besitz (6. Aufl.) S. 17. 18. — Nur zur Abwehr des Unrechts ist Gewalt gestattet: daher der Satz: „gegen Nothwehr gilt nicht Nothwehr."

20a) Denn sobald in continenti (in congressu, non ex intervallo) dem Dieb oder Räuber die abgenommene Sache wieder abgejagt wird, ist nur der Form nach ein Angriff, der Sache nach aber eine bloße Vertheidigung vorhanden, da der Kampf mit seinem Wechsel von Angriff und Gegenangriff als Ein Akt erscheint; l. 1 §. 28 l. 3 §. 9 l. 17 D. unde vi (43, 16) vgl. Savigny Besitz S. 250 fg. Dieß muß unzweifelhaft auch nach österr. Recht gelten, vgl. auch §. 188 lit. a Strafges.

21) l. 1 C. unde vi (8, 4). Recte possidenti ad recuperandam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. c. 18 X de homic. (5, 12) — quamvis vim vi repellere omnes leges — permittant, quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad injuriam propulsandam — (vgl. Strafges. §. 2 lit. g.).

rechten) Nothwehr, so wird man dafür civilrechtlich[21a] verantwortlich, §. 19 a. b. G. B.[22]. Diese Selbstvertheidigung ist nicht nur gegen Angriffe einer Person zulässig, sondern auch dann statthaft, wenn uns von fremden Sachen Gefahr droht[23]: in einem solchen Fall ist man befugt, zur Erhaltung der eigenen Sache im Nothfall die fremde Sache selbst zu zerstören[24]. Aus demselben Gesichtspunkt der Erhaltung der Integrität des eigenen Rechtskreises ist der Eigenthümer berechtigt, fremde Gegenstände, welche sich ohne seine Einwilligung auf seinem Eigenthum vorfinden oder in dasselbe herüberreichen, im Nothfall selbst mit Zerstörung derselben, daraus zu entfernen[25].

21a) Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit vgl. Strafges. §§. 2 lit. g. 335. 431.

22) Man muß also den Schaden ersetzen, welchen man durch Anwendung unnöthiger Gewalt zugefügt hat, vgl. l. 5 pr. l. 45 §. 4 l. 52 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

23) Vgl. Thibaut „Über die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen" im Arch. f. d. civil. Prax. Bd VIII Nr. V S. 139 fg. (gegen die unrichtigen Ausführungen von Kritz Exegetisch-prakt. Abhandl. über ausgewählte Materien des Civilrechts 1824 S. 79 fg.).

24) l. 29 §. 3 D. ad leg. Aquil.; man darf daher, ohne zu Schadensersatz verpflichtet zu werden, ein fremdes Thier im Nothfall tödten, wenn dieß nemlich das einzige Mittel ist, unser Eigenthum gegen dasselbe zu schützen, vgl. Thibaut S. 143, Wächter II §. 61 Note 13. (Daß man berechtigt ist, mit Beobachtung der feuerpolizeilichen Vorschriften [vgl. Stubenrauch Verwaltungsgesetzkunde 2. Aufl. Thl II S. 559 cf. l. 7 §. 4 D. quod vi 43, 24] ein fremdes Haus nieder zu reißen, um das eigene vor dem um sich greifenden Brand zu retten l. 3 §. 7 D. de incend. 47, 9 l. 49 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2, gehört nicht hieher, wie Thibaut l. c. und Wächter Note 14 meinen, da in diesen Fällen von einer Verletzung unseres Eigenthums durch die Sachen eines Andern keine Rede ist und es sich nur um Schutz gegen die bevorstehende Gefahr durch Elementarereignisse handelt; vgl. auch Sintenis Civilr. I S. 241 und Schwarze S. 136. Dasselbe gilt von dem Fall der l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19, 5 in Verbindung mit l. 1 D. de leg. Rhod. 14, 2.)

25) Die Note 11 citirte Stelle fährt fort: Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi, qui ei per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere, et merito: interest enim, quod hic in suo protexit, ille (Note 11) in alieno fecit. Eine Anwendung hievon enthält §. 1321 a. b. G. B., wonach derjenige, „welcher auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft", berechtigt ist, es „durch anpassende Gewalt zu verjagen" cf. l. 39 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

Dreiundzwanzigstes Capitel.

Der gerichtliche Rechtsschutz.

Einleitung.

§. 112. Das Mittel zum Schutz des Rechts, welches die eigene Macht dem Berechtigten gewährt, erweist sich seiner Natur nach als durchaus unzureichend. Zunächst schon deßhalb, weil der Berechtigte, der in eigener Sache zu entscheiden hat, die Grenzen seines Rechts leicht verkennt und selbst bei richtiger Erkenntniß die Schranken der selbstthätigen Verwirklichung seines Rechts aus Interesse oder Leidenschaft überschreiten kann. Ferner setzt jenes Mittel, um Erfolg zu haben, voraus, daß der Berechtigte der Stärkere sei, daß er also die physische Kraft habe, den ihm entgegengesetzten Widerstand zu brechen. Indem der Ausgang des Streites auf diese Weise in die eigene Einsicht der Parteien und auf das Maaß der physischen Kräfte der Streitenden gesetzt wird, wird nicht nur der Sieg des Rechts von individuellen Zufälligkeiten abhängig gemacht, sondern es ist eine definitive Verwirklichung des Rechtsanspruchs gar nicht zu erwarten, da der besiegte Gegner, der, vielleicht selbst in gutem Glauben, sich im Recht und den Gegentheil im Unrecht hält, nur eine günstige Gelegenheit abwarten wird, um dem Sieger das Abgenommene wieder abzujagen. Soll das Recht einen vollkommenen Schutz finden, so muß an die Stelle der Privatgewalt eine über der Willkür der Parteien stehende Macht treten, welche den Rechtsstreit unparteiisch entscheidet und zugleich die Kraft hat, ihre Entscheidung durchzuführen, also dem gestörten Recht Geltung zu verschaffen [1]. Diesen ausreichenden Schutz gewährt der Staat in seiner richterlichen Gewalt, dessen Thätigkeit in dieser Richtung auf den Schutz und die Wiederherstellung verletzter Privatrechte bürgerliche Rechtspflege heißt, deren Aufgabe somit in der Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten und in der Exekution dieser Entscheidung besteht. Der regelmäßige Weg, ein Privatrecht gegen Verletzung zu schützen und geltend zu machen, ist hienach Anrufung

---

1) l. 2 §. 3 D. de O. J. (1, 2) — quantum est enim jus in civitate esse, nisi sint, qui jura reddere possint?

der staatlichen) richterlichen Gewalt um Hülfe: der gerichtliche Weg ist der ordentliche Rechtsweg (vgl. §§. 320. 1340 a. b. G. B.) [2].

Derjenige, welcher sein Recht auf dem ordentlichen Rechtsweg zur Anerkennung und Geltung bringen will, muß die richterliche Gewalt um ihren Beistand zum Schutz des verletzten Rechts anrufen (Klage); hierauf ist die Gegenpartei, welche nicht nachgeben, sondern sich auf den Streit einlassen will (Litiscontestation), mit ihren Einwendungen zu vernehmen und sind durch weitere Verhandlungen mit beiden Theilen (Einreden, Gegeneinreden) die der Entscheidung bedürftigen Streitpunkte festzustellen; alsdann muß dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit jener streitigen Behauptungen, auf welche sich das in Anspruch genommene Recht der Parteien stützt, dargethan werden (Beweisführung), worauf die richterliche Entscheidung (das Urtheil) erfolgt, welche den Gegenstand der richterlichen Vollziehung (Exekution) bildet. Der Inbegriff dieser den gerichtlichen Rechtsstreit und die richterliche Entscheidung (resp. Exekution) herbeiführenden schrittweise vorzunehmenden und zusammenhängenden Handlungen der Parteien und des Gerichts bildet das gerichtliche Verfahren in Streitsachen, den Civilprozeß [3]. Diese prozessualischen Handlungen (Klagen, Einreden, Litiscontestation, Beweis, Urtheil) lassen sich von einer doppelten Seite betrachten, von der Seite der Form und von der Seite des Inhalts. In der ersteren Beziehung gehören sie dem Civilprozeßrecht an, dessen Gegenstand die Darstellung des rechtlich geordneten Ganges des gerichtlichen Verfahrens bildet [4]; in der letzteren Beziehung gehören sie dem Civilrecht an, da sie ihren stofflichen Inhalt durch das materielle Privatrecht bekommen, welches sich in ihnen und durch sie zur Anerkennung und Verwirklichung bringt. Während das Civilprozeßrecht das gerichtliche Verfahren als solches, das Vorgehen (procedere) mit gerichtlichen Handlungen und die rechtliche Ordnung dieses Vorgehens darstellt, betrachtet das Civilrecht den privatrechtlichen Anspruch in

2) Eine der vielen Bedeutungen von „Recht" ist ja „Gericht" vgl. Homeyer Glossar zum Sachsensp. I S. 364, zum Richtsteig Landrechts S. 550.

3) Über die Herausbildung dieser Bedeutung des Ausdrucks „Prozeß" vgl. Wetzell System I S. 6.

4) Über den Begriff des Civilprozeßrechts vgl. Bayer Vorträge (8. Aufl.) §. 1, Wetzell System des ordentl. Civilproz. I §. 1, Osterloh Lehrb. des gem. deutsch. ordentl. Civilproz. Bd. I 1856 §. 1. (Dieser Schriftsteller wird im Folgen-

diesem Gang, untersucht die Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen das in judicium deducirte Recht Anspruch auf richterliche Anerkennung machen kann und prüft den Inhalt und Umfang der richterlichen Entscheidung in ihrer Beziehung auf das zum Prozeß gebrachte Recht. Lehrt jene Wissenschaft die Formen des Prozesses (s. g. formelles Recht), das Wie (die Art) der Verwirklichung der Privatrechte, so beschäftigt sich diese mit dem materiellen Rechtsstoff des Prozesses, mit dem Was (dem Gegenstand) der prozessualischen Geltendmachung und Realisirung[5]. Überdieß aber übt der Prozeß auf das in judicium deducirte materielle Recht mannigfachen Einfluß aus, indem die Rechte dadurch, daß sie in den gerichtlichen Kampf gehen, Modificationen erleiden, welche sowohl das Dasein als den Inhalt derselben betreffen. Eine systematische Darstellung des Privatrechts darf sich daher nicht mit der Schilderung der Rechte in ihrer Ruhe begnügen, sondern muß das Recht auf seinem gerichtlichen Gang von der Anrufung der richterlichen Gewalt an bis zum Sieg oder zur Niederlage begleiten, und die Veränderungen angeben, welche die Rechte in ihrer prozessualischen Verwirklichung erfahren. Die Darstellung dieser Lebensphase der Rechte, die Schilderung der Gestalt, welche die Rechte in ihrer Formalisirung annehmen, und der Rückwirkungen, welche die gerichtliche Verfolgung der Rechte auf das juristische Schicksal derselben ausübt, bildet einen wichtigen Theil des Systems des Privatrechts, welchen man zum Unterschied von dem Prozeßrecht passend das Actionenrecht nennen mag[6].

---

den deßhalb öfters citirt werden, weil sich bei ihm die ausführlichsten Quellenbelege und die reichhaltigsten Literaturnachweisungen finden.)

5) Die Frage, wie (wann und wo) die Klage und Einrede anzubringen, wie (mit welchen Mitteln) der Beweis zu führen sei, wie das Urtheil zu Stande komme und in Rechtskraft erwachse, gehört in das Prozeßrecht; die Frage, was mittelst Klage und Einrede geltend gemacht werde, was zu beweisen sei (Gegenstand des Beweises, Beweislast), was durch das Urtheil entschieden sei (Inhalt und Umfang des rechtskräftigen Urtheils), gehört in das Civilrecht, da es das materielle Privatrecht selbst ist, welches vor Gericht auftritt, dem Richter die Überzeugung von seiner Existenz zu verschaffen sucht und im Urtheil an- oder aberkannt wird.

6) Vgl. Savigny System V §. 204. Die prozessualischen Handlungen, Klagen und Einreden, Litiscontestation, Beweis und Urtheil, gehören sowohl in das Gebiet des Civilprozesses als in das Gebiet des Civilrechts, in jenes von ihrer formellen, in dieses von ihrer materiellen Seite (vgl. Puchta Vorles. I S. 183, Arndts §. 95): der Gegenstand beider Disciplinen ist insofern ein gemeinsamer. Bei der Trennung der Lehrstühle des Civilrechts und des Civilprozesses fiel, wie sich Puchta einmal (Rheinisch. Mus. III S. 251) ausdrückt, das Actionenrecht zwischen-

A. Der Rechtsstreit.

I. Der Angriff. Das Recht als Klagrecht *.

1. Begriff und Wesen der Klage.

§. 113. **Klage** (actio) im engeren eigentlichen Sinn [1] ist das Rechtsmittel [2], womit man ein Rechtsverhältniß oder ein Recht in

---

durch auf den Boden: der Prozessualist lehnte mit Recht die fraglichen Erörterungen von sich ab und der Bearbeiter des Civilrechts verwies die ganze Lehre von den Klagen, Einreden u. s. f. in das Prozeßrecht, indem er die materielle Seite derselben gänzlich übersah oder sich dieselbe doch nicht zu vollständigem Bewußtsein brachte (denn einzelne Fragen, wie z. B. über die novirende Kraft des Urtheils, behandelte man freilich stets). Die selbständige Darstellung des Actionenrechts datirt erst von dem Aufschwung der Rechtswissenschaft, welcher sich an den Namen der historischen Schule knüpft; seither wurden von den gemeinrechtlichen Schriftstellern in dieser Richtung so gründliche und treffliche Arbeiten geliefert, daß das System des gemeinen Privatrechts das Actionenrecht „als wichtigen, auf festgelegter Grundlage ruhenden, in klarer Ordnung gegliederten Theil in sich schließt." — Was das öster. Recht anbelangt, so ist das Actionenrecht bisher noch gar nicht erörtert worden: eine befriedigende Darstellung desselben ist aber bei dem innigen Zusammenhang, in welchem hier formelles und materielles Recht stehen, um so schwieriger, als das österr. Prozeßrecht, von der tüchtigen Behandlung einzelner Materien abgesehen, eine wahrhaft wissenschaftliche Darstellung bisher noch nicht gefunden hat.

*) J. H. Boehmer Doctrina de actionibus 1710 (zuletzt 1787), W. H. Puchta Über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer 2. Aufl. 1840, Hasse Über das Wesen der actio im Rhein. Museum Bd VI S. 1 fg. 154 fg., Kierulff Theorie I S. 154 fg., Savigny System V §§. 205—224, Wächter Erörter. Hft II, Keller Der römische Civilprozeß und die Actionen (2. Aufl. 1855) §. 12 fg. §. 87 fg., Windscheid Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts 1856, vgl. dazu Dworzak in der krit. Überschau Bd V S. 1 fg., dagegen Muther Zur Lehre von der römischen Actio 1857 und gegen Diesen wieder Windscheid Die Actio, Abwehr gegen Th. Muther 1857. — Vgl. ferner die Artikel »actio« im R. L. Bd I S. 37 fg. und „Klage" im R. L. Bd VI S. 152 fg.; vgl. auch noch Förster Klage und Einrede nach preuß. Recht 1857 und Joccotton Des actions civiles 1847.

1) Klage (actio) im weiteren Sinn befaßt alle Rechtmittel zum Zweck des gerichtlichen Rechtsschutzes („den gesammten Kreis der zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechts dienenden Gestaltungen desselben" Demelius Untersuch. I S. 118), also auch die Einreden (l. 1 D. de except. 44, 1 Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. cf. l. 19 pr. D. de probat. 22, 3), die in integrum restitutio (Paul. S. R. I. 7 §. 1), die römischen Interdikte und prätorischen Stipulationen (l. 37 pr. D. de V. O. 45, 1). Actio im engeren Sinn hat die im Text angegebene Bedeutung (l. 8 §. 1 D. de V. S. Actionis verbo non continetur exceptio l. 2 pr. D. de except. 44, 1 l. 68 D. de R. V. 6, 1 l. 37 pr. cit.); im engsten Sinn ist actio = actio in personam (l. 28 D. de O. et A. 44, 7 l. 178 §§. 2. 3 D. de V. S.). Über diese verschiedenen Bedeutungen des Wortes actio und ihr geschichtliches Verhältniß vgl. Schilling Institut. II §. 102, Savigny V S. 7 fg., Leist Geschichte der römischen Rechtssysteme (1850) S. 1 fg. und insbesondere die Ausführungen von Demelius Untersuchungen I S. 116 fg. — Der Ausdruck „Klage" stammt vom ahd. chlaga ab und bedeutet ursprünglich den hörbaren Ausdruck des Schmerzgefühls.

Form selbständigen Angriffs gegen einen bestimmten Gegner vor Gericht geltend macht. Die Klage ist ein Mittel des gerichtlichen Angriffs: durch die Selbständigkeit und Unabhängigkeit desselben von der Prozeßhandlung des Gegners unterscheidet sie sich von der Vertheidigung, welche einen vorhergehenden Angriff voraussetzt und möglicherweise selbst wieder in (Gegen-) Angriffen bestehen kann[3].

Klage hat eine doppelte Beziehung, eine prozessualische (formelle) und eine civilrechtliche (materielle)[4]. In ersterer Beziehung bedeutet Klage die prozessualische Handlung[4a], welche darin besteht, daß eine Person (der Kläger) gegen einen bestimmten Gegner (den Beklagten)[5]

---

2) Der Ausdruck „Rechtsmittel" (remedium juris vgl. Böcking I §. 129 Note 27) wird hier in dem weiteren Sinn genommen, in welchem er jedes Mittel zur Wahrung oder Geltendmachung eines Rechts bedeutet, also insbesondere = Rechtsverfolgungsmittel ist (vgl. die Marginalrubrik zu §. 339 fg. §. 775 fg. a. b. G. B.; vgl. Schilling Instit. II §. 101, Wächter Hdb. II S. 411); auf dem prozessualischen Gebiet wird dieser Ausdruck bekanntlich in einem (engern und engsten) Sinn gebraucht, vgl. Linde Handb. des Prozess. Bd IV §§. 1—3, Bayer Vorträge §. 304.

3) Über Angriff und Gegenangriff, über Behauptungen und Gegenbehauptungen, in welchen sich der ganze Prozeß absetzt vgl. unten §. 124 Note 15 und Martin Vorles. I §. 85, Bayer Vortr. §. 127.

4) Vgl. Savigny V §. 205, Puchta Vorles. I S. 183 fg. Diese beiden wesentlich verschiedenen Beziehungen der Klage, welche übrigens auch schon die ältere Schule hervorhob (vgl. Höpfner Comment. §. 1088, Wiener Heineccius I §. 1125), werden oft nicht gehörig unterschieden, was zu mannigfachen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, vgl. Note 1 zu Schmidt Lehrb. der gerichtlichen Klagen und Einreden (9. Aufl. 1845) §. 11.

4a) Actio (von agere) bedeutet zunächst Handlung und hatte auch in der älteren römischen Rechtssprache diese Bedeutung, indem es alle vor Gericht, und zwar nicht bloß die in einem Rechtsstreit vorgenommenen Handlungen (ja selbst die außergerichtliche Handlung der Schließung von Rechtsgeschäften) bedeutete vgl. Leist Rechtssysteme S. 6 fg., Demelius S. 117.

5) Es ist bekanntlich lebhaft bestritten, ob Beklagter oder Geklagter (Verklagter) zu sagen sei. Haimerl Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen über die Parteien und deren Stellvertreter 1857 S. 5 behauptet kurzweg, daß Beklagter „nicht sprachrichtig" sei. Nun, des Ausdrucks Beklagter bedient sich zu wiederholten Malen Göthe, ebenso durchgängig Savigny, den man mit Recht den Göthe der Jurisprudenz genannt hat und der in stylistischer Beziehung zu den größten deutschen Prosaikern gehört; auch die besten deutschen Wörterbücher, wie neuestens das Grimm'sche (I S. 1418), nehmen an diesem Ausdruck keinen Anstoß. Ja gerade Beklagter dürfte der sprachrichtige Ausdruck sein, da nach der älteren deutschen Rechtssprache die Klage über Einen geht (Homeyer im Glossar z. Sachsensp. I s. v. Beklagter = uppe den man klagt, man sprikt, uppe den de klage get), also reus in der That derjenige ist, den man beklagt (Richtsteig Landr. Cap. 3 §. 2 „de uppe en clagen unde up al de he beclagen will"), der mit Klage Bestrikte, Überzogene, somit der Beklagte (Richtst. Landr. Cap. 8 §. 1. 28. §. 1 „de beclagede man"). Den Ausdruck „Beklagter" ge-

die Hülfe des Gerichts (mündlich oder schriftlich) anruft, um denselben zur Anerkennung des behaupteten Rechts und zur Leistung dessen, was er schuldig ist, zu verhalten. In diesem Sinn ist die Klage eine prozessualische Parteihandlung (Klaghandlung, Klagung, Klage im objektiven Sinn) und gehört in das Prozeßrecht, welches die Formen angibt, in welchen jene Handlung vorzunehmen ist. In letzterer Beziehung bedeutet Klage die rechtliche Möglichkeit, ein Recht auf diesem Wege geltend zu machen, das Recht die richterliche Hülfe zur Durchsetzung des Rechts selbständig in Anspruch zu nehmen, also das Recht zu klagen, welches der prozessualischen Klaganstellung vorausgeht[5a]: in diesem materiellen (subjektiven) Sinn erscheint die Klage als Klagrecht (actio in diesem Sinn)[6] und gehört als eine Seite des Rechts selbst, als eine eigenthümliche Modification desselben in die Darstellung des materiellen Rechts[7].

---

brauchen die Achtformeln (vgl. Wächter Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts S. 30. 202), ebenso die deutschen Reichsgesetze z. B. der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 37 fg., ebenso die C. C. C. §§. 12. 13. 14. 15. 17. 69. 70. 74 u. s. f. (vgl. auch Koch Der preußische Civilprozeß 2. Aufl. I §. 76 Note 10). Bei dieser Sachlage wird man wohl gut thun, an dem Ausdruck „Beklagter", der sich in unseren Prozeßgesetzen (vgl. §. 5 fg. A. G. O. und Register zur prov. C. P. O. s. v. Beklagter) und ebenso im bürgerl. Gesetzb. §. 824 findet, festzuhalten. (Über die Bezeichnung der streitenden Parteien in den röm. Quellen vgl. Schilling Instit. II §. 102 Note l, m, im röm. Formularprozeß Puchta Instit. II §. 164 Note a, Keller Civilproz. S. 163.)

5a) In diesem Sinn wird das Klagrecht (actio) in den Quellen als conveniendi judicio facultas (z. B. l. 6 §. 12 D. de neg. gest. 3, 5), als agendi facultas (z. B. l. 1 D. de eo quod cert. loc. 13, 4) bezeichnet.

6) In diesem Sinn wird der Ausdruck „Klagrecht" gebraucht im §. 1432 a. b. G. B. verb. „Schuld, zu deren Eintreibung das Gesetz das Klagerecht versagt"; ebenso der Ausdruck „gerichtliche Klage" im §. 1319 a. b. G. B.; vgl. auch §. 1271 a. b. G. B.

7) Die Klage, als der rechtliche Anspruch auf gerichtliche (staatliche) Hülfe (vgl. §. 347 a. b. G. B. „Anspruch auf gerichtliche Unterstützung"), enthält insofern auch ein publicistisches Element, als der Klagberechtigte dem Staat gegenüber einen Anspruch auf die verheißene Hülfe hat und daher im Fall der Justizverweigerung oder Verzögerung Beschwerde führen kann (querela denegatae vel protractae justitiae; so in gewisser Gestalt schon im römischen Staat, wenn der Prätor willkürlich die proponirte Actio denegirte cf. Cicer. accus. in Verrem I 46 vgl. Puchta Inst. I §. 79, Ihering Geist des röm. Rechts II S. 40 fg., und ebenso im heutigen Staatsleben, wenn der Richter, vgl. §. 310 prov. C. P. O., oder gar der deutsche Bundesstaat die Justiz verweigert oder verzögert, vgl. Bayer Vortr. §. 91). Auf einer einseitigen Hervorhebung dieses publicistischen Elements der Klage und auf einer Verkennung ihrer privatrechtlichen Seite beruht die Auffassung der Actio bei Hasse Rhein. Mus. VI S. 6 fg., der die Actio definirt als

Da im Wesen des Rechts, des objektiven wie des subjektiven, das Element der Erzwingbarkeit liegt und da das Recht nur insofern ein vollkommen wirksames ist, als es die Kraft hat, sich mittelst selbständigen Angriffs gerichtlich geltend zu machen, ist die Klagbarkeit des Rechts nichts dem Recht an sich Fremdes, von außen her Hinzugefügtes, sondern vielmehr eine immanente und natürliche Qualität desselben: das Recht enthält seinem Begriff nach die Möglichkeit, sich gerichtlich zur Anerkennung und Geltung zu bringen, es ist prinzipiell (vgl. §. 19 a. b. G. B.) ein klagbares Recht[8]. Es gibt zwar auch Rechte, welchen die Klagbarkeit fehlt (unklagbare, klaglose Rechte), welche also im Weg der Klage nicht gerichtlich geltend gemacht werden können[9]: solchen Rechten, welche zwar gültig aber von beschränkter Wirksamkeit sind, ist die natürliche Qualität der Klagbarkeit von

---

„das Recht zu fordern, daß der Staatswille sich selbst in Beziehung auf unsere Rechte durch sein Organ, das Richteramt, offenbare und verwirkliche", und bei Muther S. 35 fg. 40 fg., der das Klagerecht geradezu bloß ein publicistisches Recht nennt, die römische Actio als „den Anspruch auf Ertheilung einer Formula", das heutige Klagerecht als „das Recht des Verletzten gegen den Staat auf Gewährung der Staatshülfe" definirt, ja dann überdieß noch ein weiteres publicistisches „Recht des Staats gegen den Verletzer auf Aufhebung der Verletzung" (S. 43 fg.) statuirt, in Ansehung dessen freilich wieder hinzugefügt wird, daß „dieses Recht des Staats gegen den Verletzer und das ursprüngliche Recht des Verletzten sich regelmäßig hinsichtlich des verpflichteten Subjekts und des Inhalts decken" (S. 45). Als ob nicht der Private, wenngleich durch den Staat, die Aufhebung der Verletzung vom Verletzer forderte; als ob nicht der Private der Exekutionsführer wäre, dem nur der Staat seine starke Hand leiht, und als ob das Recht, welches durch die Exekution realisirt wird, nicht gerade das eingeklagte Privatrecht selbst wäre! Vgl. gegen diese complicirte Auffassung auch Windscheid Abwehr S. 22 fg. 26 fg. 38.

8) Es besteht h. z. T. ein allgemeiner (wenngleich nicht ausnahmsloser Rechtssatz, der in §. 19 a. b. G. B. Anerkennung und Ausdruck gefunden hat (vgl. übrigens auch schon l. 21 D. de praescr. verb. 19, 5), daß der Staat jedem in seinem Recht Gekränkten auf dessen Anrufen gerichtlichen Schutz gewähre (vgl. Windscheid Die Actio S. 222; mit Unrecht hat sich Muther S. 48 dagegen erklärt). Nur dieser Sinn ist der Regel beizulegen: ubi jus non deest, nec actio deesse debet, vgl. Weber Lehre von der natürl. Verbindlichk. §. 44 fg., Schilling Instit. II §. 102 Note r.

9) Solche Rechte sind doch insofern wirksam, als sie auf dem freilich „indirekten und nur zufällig offen stehenden" Weg der Einrede (per modum exceptionis) gerichtlich geltend gemacht werden können (wie die römischen Naturalobligationen vgl. Savigny Obl. R. I §. 7 fg.); können Rechte weder per modum actionis noch per modum exceptionis gerichtlich geltend gemacht werden (wie die Naturalobligationen des österr. Rechts, vgl. oben §. 96 Note 13), so haben sie eine überaus zufällige und rein prekäre Wirksamkeit.

außen her, kraft positiver Vorschrift entzogen. Es ist somit nicht die Klagbarkeit, welche dem Recht in jedem einzelnen Fall speziell zugestanden zu werden braucht[9a], sondern vielmehr die Unklagbarkeit, welche für dasselbe besonders statuirt werden muß. Dieses Verhältniß hat man häufig verkannt. Der Umstand, daß es klagbare und klaglose Rechte gibt, daß die Klage zum Schutz des Rechts dient, ein Noth- und Hülfsmittel zur Realisirung desselben ist, daß sie dem Berechtigten zu Gebote steht und häufig in Abstraktion von dem Recht, welches ihr zu Grunde liegt, gedacht wird, hat die ältere Doktrin, welche ohnehin geneigt war, jede rechtliche Möglichkeit zu einem eigenen selbständigen Recht zu erheben (Bd I S. 496 fg.), bestimmt, die Klagen als eigene Rechte für sich anzusehen und die Frage aufzuwerfen, zu welcher Classe von Rechten die Klagen gehören, eine Frage, welche häufig dahin beantwortet wurde, daß die Klagrechte zu den Obligationen zu rechnen seien[10]. Diese Auffassung ist nicht nur in theoretischer Beziehung verfehlt[11], sondern führt vielfach auch zu praktischen Irrthümern[11a]. Das Klagerecht als die rechtliche Möglichkeit des Rechts, sich mittelst Klage geltend zu machen, ist nicht ein von dem klagbaren Recht selbst verschiedenes für sich bestehendes Recht; es ist auch nicht, wie man in neuerer Zeit mit einer ziemlich materia-

---

9a) Wenn daher das Gesetz ein Recht anerkennt, ohne in Ansehung der Klagbarkeit eine Beschränkung auszusprechen, so ist das Recht als klagbares anzusehen; man pflegt dieß (vgl. z. B. Wächter Hdb. II S. 414) auch in folgender (jedoch minder passenden) Weise auszudrücken: im Zweifel streite die Vermuthung für die Klagbarkeit des Rechts. Umgekehrt spricht sich aber auch darin, daß das (objektive) Recht unter bestimmten Voraussetzungen eine Klage zuerkennt, die Anerkennung eines Rechtes aus, welches sich auf diesem Wege geltend machen könne, vgl. z. B. §. 1490 a. b. G. B. einerseits, §. 1319 a. b. G. B. andererseits. (Gegen diesen Grundgedanken hat Windscheid in der angef. Schrift verstoßen; vgl. dagegen auch Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 96 Anm. 4).

10) Nicht wenig haben zu dieser Auffassung auch Stellen, wie l. 51 D. de O. et A. (44, 7) und pr. I. de act. (4, 6) beigetragen, indem man nunmehr den Satz aufstellte, jeder Actio liege eine Obligatio zu Grunde (vgl. dagegen schon Hasse S. 1 fg.); von dieser Auffassung aus kam man in dem bekannten Streit, wohin bei der Eintheilung des omne jus in personas, res et actiones die Obligationen zu stellen seien, zu der Ansicht, daß die obligationes nicht zu den res (incorporales), sondern zu den actiones gehörten, vgl. Savigny System I S. 401 fg.

11) Vgl. Savigny V S. 3, Puchta Vorles. I S. 184. 185, Sintenis Gem. Civilr. I §. 29 Note 2.

11a) So z. B. in Ansehung der Frage, ob die Klagen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen zu rechnen seien, vgl. Bd I S. 399. 400.

listischen Wendung behauptete[12], eine äußerliche Zugabe, ein besonderer Zusatz zu dem Recht: die Klage ist vielmehr identisch mit dem Recht selbst: die Actio ist das Recht selbst als gerichtlich verfolgbares, das Recht als Kampfrecht[13]. Das Klagrecht als besonderes Befugniß gedacht ist ein Befugniß im Recht[14], ein zum Inhalt desselben gehöriger wesentlicher[14a] Bestandtheil, nicht ein neben demselben für sich bestehendes Recht, oder ein zu dem Recht nur in Beziehung tretender Zusatz.

Das an sich klagbare ruhende (friedliche) Recht nimmt aber erst dann die Gestalt der Actio, des Kampfrechts, wirklich an, wenn es in concreto verfolgbar ist, das heißt, wenn und sobald das Recht die Gestalt eines gegen eine bestimmte Person auf eine bestimmte Leistung gerichteten Anspruchs hat. Durch diese Beziehung auf einen bestimmten Gegner, gegen welchen der Berechtigte den Beistand der richterlichen Gewalt in Anspruch zu nehmen befugt ist, erhält das Recht als Klagrecht eine persönliche Richtung und nimmt, wenn es auch an sich absolut ist, einen relativen Charakter an, da alle Rechtsverfolgung in der Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs gegen einen bestimmten Gegner besteht (oben §. 110). Insofern erscheint die Klage als das Mittel zur selbständigen gerichtlichen Geltendmachung eines

---

12) So Puchta Pandekt. §. 81, Arndts Pandekt. §. 96.

13) Das Klagrecht ist gleichsam das Recht auf dem Kriegsfuß, das Recht in sago, im Unterschied von dem friedlichen Recht, dem Recht in toga; vgl. Savigny V §§. 204. 205, Kierulff I S. 154 fg. 156 fg. (der aber den an sich richtigen Gedanken auf eine dialektische Spitze treibt, vgl. dagegen schon Wächter Handb. II §. 62 Note 1), Sintenis I §. 29 Note 2 g. E., Böcking Pandekt. I §. 131 Note 1 und Demelius Unters. I S. 130 fg., der diese Ansicht mit treffenden Gründen vertheidigt. Was dazu beigetragen hat, die richtige Ansicht zu verkennen, ist einerseits der Umstand, daß es auch unklagbare Rechte gibt, andererseits die Vorstellung, daß es der Berechtigte ist, dem das Mittel zum Schutz des Rechts zusteht, während es doch das Recht selbst ist, welches in den Kampf geht (res in judicium deducta), und das Klagrecht vielmehr „ein Recht des Rechtes" ist (vgl. Förster S. 2).

14) Vgl. Dworzak in der krit. Überschau V S. 8. Treffend bemerkt Brinz Pandekt. §. 24 S. 50: „In jedem vollkommenen Recht (des Privatrechts) ist ein Klagrecht; von den Römern männlicher jus agendi genannt — eine Macht sich selbsthandelnd geltend zu machen. Auch für das einzelne Recht gilt ein domi militiaeque und muß von der friedlichen Ausübung des Rechts (jure suo uti) deren Geltendmachung unterschieden werden. . ."

14a) Mit Unrecht sieht Wächter Handb. II S. 414 das Klagrecht als einen, weil möglicherweise fehlenden, außerwesentlichen Bestandtheil des Rechts an.

privatrechtlichen obligatorischen oder obligationsähnlichen Anspruchs (oben §. 108)[15]. Wer eine Klage anstellt, erhebt gegen den Gegner einen bestimmten Anspruch: klagen ist gerichtlich fordern (petere[16]) und umgekehrt[16a]. Das Klagrecht selbst erscheint als die Macht, gerichtlich zu fordern[17] (Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi l. 51 D. de O. et A. 44, 7 pr. I. de act. 4, 6[17a]), und die Klage im civilrechtlichen Sinn[18] als der zur

15) Der dingliche Klageanspruch wird geradezu obligatio genannt in §. 5 I. de except. (4, 13) Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest. — Vgl. Savigny V S. 5; in diesem Sinn heißt es z. B. im §. 11 der prov. C. P. O.: „mehrere Ansprüche dürfen nur dann in eine Klage zusammengefaßt werden —". Dieß hat gänzlich verkannt Muther S. 49 fg., der in dieser Beziehung von erheblichen Mißgriffen nicht frei ist, vgl. dagegen auch Windscheid Abwehr S. 26 fg. und oben § 108 Note 6.

16) Petere heißt überhaupt gerichtlich fordern (z. B. pactum de non petendo), petitio ist die formelle Klage, petitor der Kläger (z. B. petitoris partes sustinere), Petit der materielle Klageanspruch; im engeren Sinn ist petitio der Ausdruck für die vermögensrechtlichen actiones in rem (petitionis verbo in rem actiones significari videntur l. 178 §. 2 D. de V. S. vgl. Arndts §. 97 Anm. 3) im Unterschied von actio im engsten Sinn (Note 1), l. 28 D. de O. et A. l. 49 l. 178 §. 2 D. de V. S. — Auch im älteren deutschen Gerichtsverfahren erscheint die Klage als gerichtliche Ansprache, vgl. Siegel Geschichte des deutsch. Gerichtsverfahr. I §. 17.

16a) Forderung bedeutet ja in der älteren deutschen Rechtssprache geradezu gerichtliche Forderung, Klage (Vorderer = Kläger), ob jede oder nur eine bestimmte Klage und welche, ist aber freilich bestritten (vgl. Albrecht Die Gewere Note 183, Gerber System §. 102 Note 1); „im Zweikampf lebt das Fordern als ein streitiger Akt noch fort" (Brinz Kritische Blätter Nr. 3 S. 10. 11). — Der Ausdruck „gerichtlich, im Wege Rechtens fordern" statt „klagen" findet sich in den §§. 320. 729. 1097. 1111. 1271 a. b. G. B.

17) In diesem Sinn steht der Ausdruck „das Recht (gerichtlich) zu fordern" statt Klage, Klagerecht in den §§. 58. 102. 115. 339. 340. 366. 775 fg. a. b. G. B.

17a) Über diese Stelle und ihre Bedeutung, ob insbesondere unter id quod debetur jedweder Anspruch, oder nur jeder vermögensrechtliche Anspruch oder gar nur der Anspruch aus einer Obligatio zu verstehen sei, herrscht bekanntlich seit Jahrhunderten Streit vgl. Savigny V S. 10. 11, Böcking I §. 131 Note 4, Windscheid Die Actio S. 6, Muther S. 45 in der Note, Demelius I S. 126 fg. 128. 129. — Über die Auffassung des Klagerechts als einer gerichtlichen Forderung vgl. Vangerow im civil. Arch. Bd XXXIII S. 295 fg., Krüger daselbst Bd XXXVI S. 190 fg.; es werden daher auch die Ausdrücke Gläubiger sein und eine Klage haben als gleichbedeutend angesehen (cf. l. 42 §. 1 D. de O. et. A. l. 10 – 12 D. de V. S.); man kann daher alle vermögensrechtlichen Ansprüche, dingliche wie persönliche, noviren resp. durch Acceptilation tilgen l. 18 §. 1 D. de acceptil. (46, 4), und die Klagen sind Gegenstand der Cession vgl. Mühlenbruch Cession §. 22, Savigny V S. 197, Arndts §. 112.

18) In diesem Sinn kommt der Ausdruck „Klagrecht" vor in den §§. 523. 940.

selbständigen gerichtlichen Verfolgung geeignete materielle Rechtsanspruch[18a]. In diesem Sinn entspringt die Actio aus dem Recht, da der Rechtsanspruch aus dem Recht hervorgeht, und ist demnach nur eine besondere Erscheinungsform des Rechtes selbst, da auch der Rechtsanspruch nur das nach einer bestimmten Richtung hin Stellung nehmende Recht selbst ist (§. 108). Die civilrechtliche Lehre von den Klagen ist somit die Lehre von den klagbaren Rechtsansprüchen: die Verschiedenheiten und rechtlichen Schicksale der klagbaren Rechtsansprüche sind Eintheilungen und juristische Schicksale der Klagen im materiellen Sinn[19].

941. 943. 1489. 1490, der Ausdruck „Klage" in den §§. 948. 982. 1019. 1097. 1489. 1490 a. b. G. B., und steht auch „Rechtsmittel" für klagbarer Anspruch z. B. §§. 935. 1268 a. b. G. B.

18a) Vgl. hierüber insbes. die tüchtigen Ausführungen von Bekker Die prozessualische Consumtion §. 6 insbes. S. 46 fg.: „die actio ist die Form, welche die res (der Anspruch, die Forderung) annimmt, um durch Prozeß realisirt zu werden".

19) Windscheid behauptet in der angef. Schrift §. 23 (vgl. auch Abwehr §. 12), daß die heutige Rechtsanschauung von Klagen im Sinn von gerichtlich verfolgbaren Rechtsansprüchen nichts wisse: „Klage ist ihr die Klaghandlung; daß jemand Klage sage, wo er das Recht, eine Klage anzustellen, bezeichnen will, läßt sie sich allenfalls gefallen; daß aber Klage in diesem Sinn gleichbedeutend sein soll mit Rechtsanspruch, daß man nicht fragen solle, ob das Recht Jemandem einen Anspruch, sondern ob es ihm eine Klage zugestehe oder gar welche Klage, nicht welchen Anspruch, das begreift sie nicht" (S. 229). Windscheid will daher auch die Theorie der Klagen im civilrechtlichen Sinn ganz beseitigt haben und verlangt, daß „das, was in der Sprache der Actionen ausgedrückt ist, in die Sprache der Rechte übersetzt werde" (S. 230 fg.). Gegen diese Behauptungen muß Protest eingelegt werden. Daß es die moderne Rechtsanschauung recht gut begreift, daß man statt gerichtlich verfolgbarer Rechtsanspruch Klage sagt, das beweist wohl der Sprachgebrauch des bürgerl. Gesetzb. (Note 18) am besten, dem man mit Recht nachgerühmt hat, daß es den naiven volksthümlichen Ton getroffen habe. Auch ist es gerade „dem unbefangenen Rechtsgefühl" angemessen, zu fragen, ob uns eine Klage zustehe oder nicht, weil wir von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gegner unseren Rechtsanspruch nicht freiwillig anerkennen und befriedigen werde, und weil „man dessen, was Einem gebührt, sicher doch nur dann ist, wenn eine ausreichende Macht bereit steht, es Einem auch von dem Widerstrebenden zu verschaffen" (Die Actio S. 3); wir wollen wissen, ob wir von einer bestimmten Person etwas fordern können und ob wir es gerichtlich fordern können: beides, den Anspruch und dessen gerichtliche Verfolgbarkeit, drücken wir zugleich mit dem einen Wort „Klage" aus. Deßhalb sagt man auch im gemeinen Leben: „gegen jemanden eine Klage haben", deßhalb untersucht auch die moderne Rechtswissenschaft, ob aus einem Recht eine Klage, daß heißt ein zur selbständigen gerichtlichen Verfolgung geeigneter Rechtsanspruch entspringe, und deßhalb kennen auch die modernen Gesetzbücher, ohne daß man sie deßhalb unter romanistischem Einfluß stehend bezeichnen dürfte, so viele und verschiedene Klagen als es klagbare Ansprüche gibt (vgl. Marginalrubrik zu §§. 366. 523. 823. 1489. 1490 a. b. G. B.). Grade weil auch die rö-

2. Grund der Klagen; Verschiedenheit der Klagen darnach.

§. 114. Der **Grund** der Klagen im materiellen Sinn (causa actionis, causa petendi, materieller Klagegrund[1]) ist das Rechtsverhältniß, aus dem die Klage entspringt, das Recht, dessen wesentlicher Bestandtheil sie ist, das sich in ihr zum Ausdruck und zur Geltung bringt. Insofern das Recht selbst wieder aus gewissen Thatsachen entspringt, sind diese rechtserzeugenden Thatsachen der entferntere Entstehungsgrund der Klage, die causa causae actionis (causa remota actionis), während das Recht selbst den nächsten Grund derselben bildet (causa proxima actionis cf. l. 27 D. de exc. rei jud. 44, 2[1a]): in diesem Sinn pflegt man den materiellen Klagegrund in einen unmittelbaren (rechtlichen) und mittelbaren (factischen) zu unterscheiden.

Die Verschiedenheit der klagbaren Rechtsverhältnisse und Rechte erzeugt eine Verschiedenheit der Klagen. Da nun auf dem Gebiet des Privatrechts alle Rechte und Ansprüche entweder familienrechtliche oder vermögensrechtliche sind (oben §. 108), so zerfallen auch die Klagen in die zwei Hauptkategorien: **familienrechtliche** (s. g. personenrechtliche[2]) und **vermögensrechtliche** Klagen.

---

mische Actio soviel als Rechtsanspruch bedeutet, woran schon früher niemand gezweifelt hat, und weil auch die römische Actio nichts Selbständiges, vom Recht Unabhängiges, sondern der Ausfluß des materiellen Rechts, das von ihm Erzeugte ist, befindet sich unser moderner Sprachgebrauch hierin im Einklang mit dem römischen (vgl. auch Muther S. 51 fg., Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 96 a. E., Förster §. 1). Der Unterschied ist nur der, daß während die römischen Juristen, indem sie sich an das Edikt anschlossen, das Recht an den Klagen entwickelten, wir umgekehrt von den Rechten auszugehen und an ihnen die Klagen darzustellen haben; und in diesem Punkt muß man allerdings Windscheid Recht geben, wenn er es rügt, daß in den modernen Lehrbüchern Unterscheidungen und juristische Schicksale der Rechte zunächst an den Klagen dargestellt werden, die doch nur der Ausdruck jener in den Rechten wurzelnden Verschiedenheiten sind. (Das richtige Verhältniß hat übrigens schon Weber Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden Stück II 1802 Nr. 10 erkannt und bestimmt ausgesprochen.)

1) Dieser **materielle** Klagegrund (causa actionis) muß von dem **formellen** (prozessualischen) Klagegrund (fundamentum agendi) als der prozessualischen Begründung des sich verwirklichenden Klagerechts wohl unterschieden werden, vgl. unten §. 123. — Mit Unrecht sieht Bekker Die prozessualische Consumtion §. 19 als die causa proxima actionis, als den Klagegrund, die Rechtsverletzung an, und verwechselt auf diese Art Grund und Veranlassung der Klage, wovor schon Puchta Kleine civilist. Schriften S. 172 Note f gewarnt hat.

1a) Über diese Stelle und die causa (proxima und remota) actionis vgl. Puchta Über die expressa causa bei der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die receptio rei judicatae, im Rhein. Mus. III 1828 S. 251 fg. (Kleine civilist. Schriften 1851 Nr. IX S. 170 fg.)

Die Unterscheidung der Rechte und Ansprüche in relative (persönliche) und absolute (unpersönliche) begründet die Eintheilung der Klagen (persecutiones im weiteren Sinn l. 28 D. de O. et A. cf. l. 178 §. 2 D. de V. S.), mit welchen die Rechte und Ansprüche geltend gemacht werden, in **persönliche** (relative) und **unpersönliche** (absolute), actiones in personam, actiones in rem[3]. Die **persönliche Klage** (actio personalis, actio in personam, Forderungsklage, Personalklage, Condictio[3a]) entspringt aus einem relati-

---

2) Der Ausdruck „Klagen aus dem Personenrecht" findet sich im Register zum bürgerl. Gesetzb. s. v. Klage; es hängt dieser Ausdruck mit der Bd I §. 60 bekämpften Annahme von Personenrechten überhaupt zusammen; auch ist daselbst Note 16 bereits bemerkt worden, daß h. z. T. **civilrechtliche** Klagen zur Geltendmachung von persönlichen Rechtszuständen (von s. g. absoluten Personenrechten) nicht mehr vorkommen: es bleiben also nur die Klagen zur Geltendmachung von Familienverhältnissen (vgl. **Savigny** §. 207 Note a) und einige andere Klagen von mehr untergeordneter Bedeutung übrig.

3) §. 1 I. de act. (4, 6). Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam — l. 25 pr. D. de O. et A. (44, 7) Gaj. IV §§. 1—3. Über diese vielbesprochene Eintheilung, welche sowohl im Ganzen wie im Einzelnen Gegenstand abweichender Ansichten ist, vgl. **Hasse** im Rhein. Museum VI S. 13 fg. 154 fg., **Kierulff** Theorie I §. 10, **Savigny** V §§. 206—209, **Puchta** Institut. II §. 165 Pandekt. §. 83, **Wächter** Erörter. I S. 88 fg., **Keller** Civilpr. §. 87, **Windscheid** Die Actio §. 2, **Muther** Die Actio §. 18, **Brinz** Pandekt. I §. 24 **Vangerow** I §. 143, **Arndts** 3. Aufl. §. 97. Daß die Eintheilung der Actionen in actiones in rem und in personam auf einer Eintheilung der Rechte beruhe, daß also die Verschiedenheit der geltend gemachten Rechte die Verschiedenheit der Klagen und ihrer im römischen Formularprozeß plastisch hervortretenden prozessualischen Gestalt hervorgebracht habe, nicht etwa diese jene, ist längst anerkannt worden. Wenn **Windscheid** Die Actio S. 15 Note 11 fragt, warum man es nicht bei der Eintheilung der Rechte belasse, so liegt die Antwort darauf in dem im vorhergeh. § Note 19 Bemerkten. (An die Stelle der Eintheilung der Klagen in persönliche und dingliche im weiteren Sinn [Note 9] hat **Förster** §. 3 fg. eine Eintheilung der Klagen in Rechtszustands- und Rechtsgeschäftsklagen zu setzen versucht, und rechnet zu ersteren nebst den Statusklagen alle vermögensrechtlichen Klagen in rem, ja sogar die Deliktsklagen, zu letzteren alle persönlichen Klagen aus Obligationen, welche aus Rechtsgeschäften entstanden sind: diese Eintheilung, welche einerseits eines wahren Eintheilungsgrundes gänzlich entbehrt, da auch die Forderungen zum Vermögensstand gehören, l. 49 D. de V. S., andererseits nicht erschöpfend ist, da es auch Obligationen gibt, die weder aus Delikten, noch aus Rechtsgeschäften entstanden sind, ist ebenso verunglückt in ihrer Erfindung, als der Versuch ihrer Begründung und Durchführung mißlungen ist.)

3a) l. 25 pr. D. de O. et A. — in personam (actio), quae condictio appellatur. §. 15 I. h. t. (4, 6). Appellamus — in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones —; vgl. **Savigny** V S. 16, **Keller** Civilpr. S. 372. Über die engere eigentliche Bedeutung des Ausdrucks condictio (stricti juris actio) vgl. **Savigny** V §§. 218—220 Beilage

ven Recht, also aus einem Recht, welches auf einer bestimmten Person beruht, dem die Verpflichtung einer bestimmten Person gegenüber steht[4], und welches sich daher ohne Angabe dieser persönlichen Beziehung, also ohne Angabe des verpflichteten Gegners nicht ausdrücken läßt[5]. Die persönliche Klage geht unmittelbar auf eine bestimmte Person (in personam), welche mit ihrer Individualität, und zwar nicht bloß mit ihrer vermögensrechtlichen, sondern mit ihrer ganzen Persönlichkeit, für eine Schuldpflicht in Anspruch genommen wird[6]. Die persönlichen Klagen

XIV, Puchta Instit. II §. 165; darüber, daß für das heutige Recht der Unterschied zwischen Condictionen im eigentlichen Sinn und bonae fidei actiones verschwunden sei, vgl. insbes. Savigny V §. 224. — Auch im Register zum bürgerl. Gesetzb. findet sich der Ausdruck condictio für die auch h. z. T. noch so genannten condictiones sine causa und die s. g. condictiones ex lege.

4) l. 25 pr. D. de O. et A. — In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. — §. 1 I. de act. (4, 6) — Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare, facere oportere et aliis quibusdam modis — . Gaj. IV. §. 2. Der Ausdruck „persönliche Klage" findet sich auch im Register zum bürgerl. Gesetzb.

5) Dieß sprach sich im römischen Formularprozeß in der intentio als jenem Theil der in jus concipirten Formula aus, welche den Ausdruck des Rechts enthielt; die intentio war bei den persönlichen Klagen in personam gefaßt, also ausdrücklich gegen die Person des Beklagten gerichtet: si paret N^{m}. N^{m}. A^{o}. A^{o}. dare facere (praestare) oportere Gaj. IV §. 2 vgl. Savigny V S. 88 fg., Puchta Instit. II §. 165. Aber auch bei der in factum concepta formula (Savigny V §. 216, Keller Civilpr. §. 33) sprach sich in der Intentio der persönlichen Klage regelmäßig die Relativität des behaupteten Rechts aus (z. B. si paret A^{m}. A^{m}. apud N^{m}. N^{m}. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^{i}. N^{i}. A^{o}. A^{o}. redditam non esse, Gaj. IV §§. 45—47. 60, Puchta Instit. I §. 165 Note yy), es müßte sich denn um ein obligatorisches Faktum von größerer Tragweite gehandelt haben, in welchem Fall die Formel freilich unpersönlich (in rem l. 9 §. 8 D. quod met. caus. 4, 2) gefaßt wurde, die Klage aber dennoch als eine persönliche anerkannt wurde (§. 31 I. de act. 4, 6 l. 6 §. 5 D. de aqua 39, 3 l. 4 §. 3 D. de interd. 43, 1), da sie immerhin auf eine bestimmte Person (in personam) ging. — Im heutigen Prozeß enthält das Petit (auch) den Ausdruck des eingeklagten Rechts (vgl. folg. § Note 5): bei einer persönlichen Klage heutigen Tags kann man daher sagen, das Petit sei unmittelbar in personam gerichtet (z. B. Beklagter sei schuldig, x zu bezahlen oder herauszugeben).

6) Daß die Person obligirt ist, zeigt sich bei der Exekution, welche im älteren römischen Recht nur eine Personalexekution war, „da sich nicht die Vermögensexekution dem [römischen] Rechtssinn zunächst darbietet", und nur allmälig in ein subsidiäres Verhältniß zu dieser trat. (Manus injectio, Gaj. IV §§. 21—25, Keller Civilpr. §. 19, Puchta Instit. II §. 179; nach Wegfall derselben duci jubere und Addiction durch den Magistrat; allmälig neben der Personalexekution auch Vermögensexekution Keller §. 83, Puchta Instit. II 4. Aufl. S. 239 fg.; erst im justin. Recht ist die Personalexekution regelmäßig bloß subsidiär, Beth=

sind sonach die Klagen aus (vermögensrechtlichen) Obligationen (Forderungsrechten Bd I §. 62) und aus anderen obligationsähnlichen Verhältnissen[7]. Alle Klagen, denen ein anderes Recht oder Rechtsverhältniß zu Grunde liegt, sind unpersönliche Klagen (actiones in rem, vindicationes im weiteren Sinn[7a]), da das mit ihnen geltend gemachte Recht auf sich selbst beruht, und sich daher ohne Angabe des Gegners vollständig bezeichnen läßt[8]. Zu dieser Gattung von Klagen gehören die Klagen zur Geltendmachung von Familienverhältnissen (Statusklagen Bd I §§. 60) und die vermögensrechtlichen Klagen aus absoluten Rechten (petitiones l. 28 D. de O. et A. l. 178 §. 2 D. de V. S. Gaj. IV §§. 16. 92), also die Klagen aus dinglichen Rechten (Eigenthum und jura in re, dingliche Klagen im engeren eigentlichen Sinn[9], actiones in rem speciales Bd I S. 520 fg.) und die

mann Handb. des Prozeß. I §. 31, Puchta Instit. II §. 188.) Nach deutschem Recht fand Übergabe des insolventen Schuldners zu Hand und Halfter statt, Sachsensp. III 39 §§. 1. 2, Richtst. Cap. 3 §. 1, vgl. Eichhorn Deutsch. Rechtsgesch. II §. 377, Walter Deutsch. Rechtsgesch. II §§. 565. 582; daraus ist später das Einsperren im Schuldthurm geworden. Auch h. z. T. findet die Personalexekution wenigstens subsidiär statt (§. 348 fg. a. G. O. §. 540 fg. prov. C. P. O.), bei Wechselschulden elektiv, ja in neuester Zeit sogar cumulativ mit der Vermögensexekution. Daß die Verbindlichkeit auf der Person ruht, zeigt sich auch darin, daß nach österr. Recht (§. 310 a. G. O. §. 456 prov. C. P. O.), anders als nach gemeinem Recht (vgl. unten), der ad faciendum obligirte Schuldner durch gerichtliche Zwangsmittel zur Leistung genöthigt wird.

7) Aus der Sphäre des Familienrechts gehören hieher die Klagen aus einem Eheverlöbniß auf Abschließung der Ehe, auf Scheidung oder Trennung der Ehe, auf Herausgabe der Frau oder der Kinder (interdictum de uxore exhibenda et ducenda, de liberis exhibendis et ducendis: §§. 92. 145 a. b. G. B. D. h. t. 43, 30 C. eod. 8, 8 Bd I §. 24 Note 18): diese Klagen sind persönliche Klagen, sie werden aber freilich in der römischen Rechtssprache nicht actiones in personam genannt, vgl. Böcking I §. 131 Note 4.

7a) Über die verschiedenen Bezeichnungen vgl. Arndts §. 97 Anm. 1 u. 3.

8) Die Klage geht hier also nicht auf eine bestimmte obligirte Person; §. 1 I. h. t. — aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt. Es wurde daher auch in der Intentio der in jus concipirten Formula der Name des Beklagten (in der Regel) nicht genannt Gaj. IV §. 87 — sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur — tantum enim intenditur, rem actoris esse; ebenso si paret jus mihi esse utendi fruendi, si paret hereditatem meam esse, die Präjudicien an liber sit, an ingenuus sit, an uxor fuerit u. s. f. Im heutigen Prozeß zeigt sich dieß wieder im Petit, welches zunächst das Recht oder Rechtsverhältniß (z. B. Eigenthum, Erbrecht, Servitut, Kindschaft, Vaterschaft) ausdrückt und, wenn überhaupt, so doch nur mittelbar auf eine Leistung des Beklagten gerichtet ist (vgl. folgend. § Nr. II).

9) Manche Schriftsteller z. B. Puchta Pandekt. §. 83, Arndts Pandekt.

Klagen zum Schutz des Erbrechts (actiones in rem de universitate, generales Bd I S. 536 fg.). Diese Klagen gehen zwar gegen eine Person, aber nicht unmittelbar auf eine bestimmte Person, sondern vielmehr auf die Sache, die Erbschaft, den Status[10]. Auch hier aber sind die Begriffe Dinglichkeit und absolute Wirksamkeit (unbe-

§. 97 gebrauchen den Ausdruck dingliche Klage im weiteren Sinn für in rem actio, also für unpersönliche Klage; allein dieser Sprachgebrauch läßt sich wohl nicht empfehlen, Savigny V §. 207 Note o, Sintenis I S. 254 Note 4 vgl. Bd I §. 61 Note 37. 38. Das Register zum bürgerlichen Gesetzb. gebraucht gleichfalls den Ausdruck „dingliche Klage" nur zur Bezeichnung der aus dinglichen Rechten entspringenden Klagen: allein da es auch Besitz und Erbrecht zu den dinglichen Rechten zählt §. 308 a. b. G. B. (Bd I S. 523 fg.), so führt es natürlich auch die aus Besitzstörungen entspringenden (Delikts-) Klagen (§§. 339. 346. 347 a. b. G. B.) und die Klagen zum Schutz des Erbrechts (§§. 823. 824 a. b. G. B.) als dingliche Klagen auf. — Im engsten Sinn versteht man auch h. z. T., wie unter dem dinglichen Recht κατ᾽ ἐξοχὴν das Eigenthumsrecht, so unter der dinglichen Klage (actio in rem, vindicatio) die Eigenthumsklage, rei vindicatio (cf. l. 23 pr. D. de R. V. Gaj. IV §§. 16. 17 und die bei Windscheid Die Actio S. 12. 13 gesammelten Stellen, vgl. auch Keller Civilpr. §. 87).

10) Es ist dieß auch prozessualisch bei dem Hauptfall, der rei vindicatio, hervorgetreten, im „agere auf den Körper der streitigen Sache, so daß die Litiganten zunächst durch ihre Concurrenz auf diesen Körper in persönliche Berührung geriethen", ebenso bei den andern neben und unter jenen Hauptfall sich ordnenden Vindikationsfällen (vgl. insbesondere Keller Civilpr. §§. 14. 15. 87), und macht sich auch h. T. bei der Exekution geltend. Durch die actio in rem wird daher die Sache zur streitigen (litigiosen), während durch die actio in personam die Forderung zur litigiosen wird. — In §. 20 I h. t. (4, 6) werden die Theilungsklagen (judicia divisoria) als actiones quae mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam bezeichnet: über die Bedeutung dieser s. g. gemischten Klagen herrschen gar verschiedene Ansichten (vgl. einerseits Puchta Instit. II §. 167 Note k Vorles. I S. 189, Arndts §. 97 Anm. 5, anderseits Savigny V S. 36, Keller Civilproz. S. 374, Brinz I S. 52). Erwägt man, daß mit den Theilungsklagen zugleich Theilung der Sache (ipsius rei divisio, Adjudikation) und Ausgleichung der durch die Theilung entstandenen (§. 20 cit. l. 1 §. 1 D. fam. herc. 10, 2), ja überhaupt der aus der Gemeinschaft hervorgegangenen gegenseitigen Rechtsansprüche (also persönliche Leistungen, Condemnatio) gefordert werden kann, so ergibt sich von selbst, daß diese Klagen sowohl auf die Sache (in rem) als auf persönliche Leistungen (in personam) gehen (l. 22 §. 4 D. famil. hercisc. 10, 2 Familiae herciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones l. 3 pr. l. 4 §. 3 D. comm. div. 10, 3 vgl. die Formel der Theilungsklagen bei Keller Civilproz. Note 458): sie sind also, obgleich ihrem Grund nach persönliche Klagen (l. 1 D. fin. reg. 10, 1 l. 1 §. 1 C. de annal. exc. 7, 40), ihrem Gegenstand nach gemischte Klagen (cf. Theophil. ad §. 20 cit. vgl. auch Hasse im Rhein. Mus. VI S. 172 fg., W. H. Puchta Gerichtl. Klagen §. 139 lit. B.), und dieß auch nach österr. Recht. — Über eine andere Beziehung, in welcher die Theilungsklagen gleichfalls als gemischte Klagen (actiones mixtae) erscheinen, vgl. unten §. 132.

schränkte Verfolgbarkeit) wohl zu unterscheiden (Bd I S. 517 fg.): nicht jede absolut (unbeschränkt, in rem) wirksame Klage ist eine dingliche, nicht jede dingliche Klage eine absolut wirksame. Es gibt persönliche Klagen, welche unbestimmt gegen jeden in einem gewissen Verhältniß befindlichen Dritten angestellt werden können (personales in rem scriptae actiones Bd I S. 551 Note 46), ohne deßhalb dingliche Klagen zu sein, und es gibt umgekehrt unpersönliche Klagen, welche auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind (Bd I S. 519. 537 Note 102), und doch nicht Personalklagen sind.

Die Gattungen der persönlichen und unpersönlichen Klagen begreifen so viele Arten von Klagen unter sich, als es Arten relativer und absoluter Rechte gibt. Was zunächst die unpersönlichen Klagen betrifft, so gibt es so viele Statusklagen als es Status gibt, so viele dingliche Klagen als es dingliche Rechte gibt. Zur Charakterisirung und Individualisirung der unpersönlichen insbesondere der dinglichen Klagen genügt es, das Recht oder Rechtsverhältniß zu benennen, woraus die Klage entspringt, da diese Rechte und Rechtsverhältnisse als individuelle Begriffe mit concreter Bezeichnung existiren. Da sich diese Rechte, insbesondere auch die dinglichen (Bd I S. 523 fg.), durch ihren Inhalt unterscheiden, so ist die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes (causa) des einzelnen Rechts für die Individualisirung desselben ohne Bedeutung: es werden daher auch die Klagen in rem, die vermögensrechtlichen wie die familienrechtlichen, durch die Angabe des Rechts oder Rechtsverhältnisses, woraus sie entspringen, also durch Bezeichnung des rechtlichen Klagegrundes (der causa proxima, causa generalis) vollständig charakterisirt (z. B. Eigenthumsklage, Hypothekarklage, Erbrechtsklage, Paternitätsklage). Anders verhält es sich mit den persönlichen Klagen. Die Forderungsrechte lassen sich zwar auch durch ihren Inhalt unterscheiden (Bd I S. 552), allein diese Unterscheidung reicht zur Charakterisirung der einzelnen Forderungsrechte nicht aus, da die verschiedenartigsten Forderungsrechte denselben Inhalt haben können. Die persönlichen (Forderungs-) Rechte lassen sich vielmehr nur durch die Angabe des obligatorischen Verhältnisses individualisiren, aus dem sie entspringen, und welches selbst wieder nach Verschiedenheit des Entstehungsgrundes (causa) ein verschiedenes ist. Während sich das dingliche Recht ohne Angabe seines Entstehungsgrundes vollkommen ausreichend

bezeichnen läßt (z. B. das Eigenthumsrecht, ohne Hinzufügung der Tradition oder Ersitzung), läßt sich die Obligatio und das Forderungsrecht nur durch Angabe der Causa charakterisiren: während das einmal entstandene dingliche Recht unabhängig von seinem concreten Entstehungsgrund besteht und durch die Angabe seines Inhalts spezialisirt wird, läßt sich die einzelne Forderung von der zu ihrem Wesen gehörigen Causa, der causa debendi, nicht trennen (singulas obligationes singulae causae sequuntur l. 14 §. 2 D. de except. rei judic. 44, 2) und wird das Forderungsrecht nur durch Angabe seines Entstehungsgrundes individualisirt[11]. Die causa debendi[12] ist aber zugleich mittelbar die causa actionis[12a]: es lassen sich daher auch die persönlichen Klagen nur durch Angabe der Art, wie die Obligatio entstanden ist, also durch Angabe des s. g. mittelbaren Klagegrundes (der causa remota, causa specialis) charakterisiren[13]. Es gibt daher so viele Klagen in personam, als es

---

11) Vgl. Puchta Vorles. I S. 185, Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses Hft. II Nr. V Über den Klagegrund, insbes. §. 4 S. 219 fg.

12) Diese causa debendi, der Entstehungsgrund der Obligatio, muß von der causa promittendi, dem Rechtsgrund des obligatorischen Versprechens, wohl unterschieden werden, was öfters nicht gehörig geschieht, vgl. Unger Die rechtl. Natur der Inhaberpap. S. 175 Note 7, dem hierin Schlesinger Zur Lehre von den Formalcontracten (1858) S. 112 Note 42 beistimmt.

12a) In diesem Sinn spricht man von einer Darleihensklage (condictio ex mutuo), von einer Stipulationsklage (actio ex stipulatu), von einer Kauf-, Leih-, Wechselklage u. s. f. und läßt die Actio, da sie der Ausdruck für gerichtliche Forderung ist, statt aus dem obligatorischen Rechtsverhältniß, unmittelbar aus dem obligatorischen Faktum entspringen z. B. aus dem Kaufgeschäft, actio nascitur ex contractu, ex delicto, ex variis causarum figuris.

13) Es ist ein verkehrtes Beginnen und ein vergebliches Bemühen der älteren Doktrin gewesen (so z. B. Schmidt Lehrb. der gerichtl. Klagen §§. 99. 100, vgl. dagegen Note 2 zu §. 99 u. Note 1 zu §. 100 der 9ten vielfach berichtigten Auflage, ebenso Schweppe röm. Privatr. I §. 163 und in neuester Zeit wieder Beidtel Gerichtl. Verfahr. §. 84 Note 1), bei den Obligationen zwischen causa proxima (generalis) und causa remota (specialis) in dem Sinn zu unterscheiden, daß causa proxima (generalis) das kahle nackte debere an sich, causa remota (specialis) das obligatorische Faktum bezeichne. Die Obligatio in genere, das Forderungsrecht als allgemeines existirt gar nicht, jede Obligatio, jede Forderung tritt als spezielle in's Dasein: es gibt nur concrete, individuelle, nicht abstrakte universelle Obligationsverhältnisse. Es läßt sich daher kein debere an sich, keine Forderung ohne spezielle Causa denken, und diese drückt der Forderung sofort ihren unlöschbaren Stempel auf: wer schuldet, der schuldet stets aus einer bestimmten Causa, vgl. auch Keller Lit. Contest. und Urtheil §. 35 S. 283 fg. und Puchta Kleine

Gattungen und Arten von Obligationen gibt. Aus diesem Grund muß aber die Lehre von der Eintheilung der persönlichen Klagen in Contrakts-, Deliktsklagen u. s. w.[14] dem Obligationenrecht vorbehalten werden, da in ihnen nur eine Verschiedenheit der Obligationen selbst ihren kriegerischen Ausdruck findet. Das Gleiche gilt von der Unterscheidung der persönlichen Klagen in Haupt- und Gegenklagen (actiones directae, contrariae)[15] und in Straf- und Ersatz- (Entschädigungs-) Klagen (actiones poenae persequendae, rei persequendae causa comparatae)[16], da auch diese Unterschei-

civil. Schriften S. 173. Man könnte versucht sein, bei der persönlichen Klage eine doppelte Causa in der Art zu unterscheiden, daß die Forderung die causa proxima, das obligatorische Faktum die causa remota wäre, indem man davon ausginge, daß die Klage (z. B. die Wechselklage) aus der (Wechsel-) Forderung, die Forderung aus dem obligatorischen Faktum (z. B. dem Wechsel) entspringe. Aber auch dieß wäre unpassend, da Klage = gerichtliche Forderung ist, und Forderung und gerichtliche Forderung doch nicht als Erzeugendes und Erzeugtes unterschieden werden können: es macht sich hier eben wieder geltend, daß bei Obligationen Klage und Recht sich durchaus decken.

14) Es hängt diese Eintheilung der persönlichen Klagen von der Eintheilung der Obligationen nach ihren Entstehungsgründen ab, worüber bekanntlich zufolge der Verschiedenheit der Quellenaussprüche Meinungsverschiedenheit herrscht (vgl. Savigny Obl. R. II §§. 51. 85, Arndts §. 229); das Nähere im Obl. R. — Das Register zum bürgerl. Gesetzb. unterscheidet zufolge §. 859 a. b. G. B. die persönlichen Klagen in Klagen aus Verträgen (Contraktsklagen), aus erlittener Beschädigung (Deliktsklagen, Entschädigungsklagen §§. 1489. 1490 a. b. G. B.) und aus dem Gesetz; der Ausdruck „aus dem Gesetz" ist auch hier wieder nur in negativem Sinn zu nehmen (oben §. 72 Note 8) und dem Ausdruck condictio ex lege, wie er früher häufig (miß-) verstanden wurde (vgl. Savigny V S. 542 fg.), nachgebildet.

15) Dieser Unterschied beruht auf der Eintheilung der Obligationen in obligationes bilaterales aequales et inaequales vgl. §. 864 a. b. G. B. (gegen welchen § aber freilich manches einzuwenden ist), resp. auf der Unterscheidung der Forderungen aus einem Obligationsverhältniß in wesentliche (Haupt-) Forderungen (actio directa) und zufällige (Gegen-) Forderungen (actio contraria). Die Gegenklage (actio contraria) ist von der Widerklage (reconventio), einem rein prozessualischen Begriff, wohl zu unterscheiden. — Wohl mit Unrecht handeln manche gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Wächter Handb. II §. 64 Nr. III, Arndts §. 99) von dieser Eintheilung der Klagen im allgemeinen Theil des Systems.

16) Die Eintheilung der Klagen in Strafklagen und s. g. reipersekutorische, sachverfolgende, erhaltende, Ersatz-, Entschädigungsklagen (vgl. Kierulff I S. 220 fg., Savigny V §§. 210—212, Puchta Pandekt. §. 84, Brinz Pandekt. I S. 52 fg., Arndts Pandekt. §. 98) ist für das österr. Recht (vgl. dagegen §. 17 l. h. t.) sicher nicht über den Kreis der Obligationen hinaus auszudehnen (vgl. auch Savigny V S. 37); selbst auf diesem Gebiet hat sie eine sehr untergeordnete Bedeutung, da einerseits nach österr. Recht in passender Weise (vgl. Savigny V S. 49 fg.) die Entschädigungspflicht, gleich jeder anderen Schuld, ohne Einschränkung auf die Erben des Beschädigers übergeht (§. 1337 a. b. G. B. vgl. Bd I

dungen auf einer Verschiedenheit des Inhalts und des Gegenstands der Obligationen beruhen.

3. Gegenstand der Klagen; Verschiedenheit der Klagen darnach.

§. 115. Der Ausdruck Gegenstand der Klage hat eine doppelte Bedeutung, die nicht immer gehörig unterschieden wird.

I. Zunächst kann man unter Gegenstand der Klage Dasjenige verstehen, was mittelst der Klage geltend gemacht, gerichtlich verfolgt wird: also das Eingeklagte. In diesem Sinn ist Gegenstand der Klage das in Anspruch genommene Recht oder Rechtsverhältniß selbst, resp. zufolge der Verwechslung des Rechts mit seinem Objekt, des Rechtsverhältnisses mit seinem Inhalt, der Gegenstand des Rechts oder eine rechtliche Eigenschaft (z. B. das Eigenthumsrecht, das Erbrecht, die Forderung, die Sache, die Erbschaft, die Schuld, die Vaterschaft oder Kindschaft). In dieser Bedeutung fällt der Gegenstand der Klage mit dem Gegenstand des Rechtsstreites zusammen und lassen sich die Klagen unterscheiden in Klagen um Status, um Gut, um Schuld[1]. — Auf diesem Begriff des Gegenstandes der

---

§. 64 Note 16), somit die Nothwendigkeit der Annahme s. g. einseitiger Strafklagen (uneigentliche Strafklagen, Strafklagen im weiteren Sinn) entfällt; anderseits aber nach österr. Recht nur Eine Obligatio auf Privatstrafe besteht, nemlich der Anspruch des körperlich Verletzten auf Bezahlung von Schmerzensgeld, wodurch dem Verletzten eine Bereicherung über den sonstigen Stand seines Vermögens hinaus verschafft wird (§. 1325 a. b. G. B.); wohl mit Unrecht leugnet Wächter Handb. des sächs. Strafrechts 1857 I S. 73 fg. den pönalen Charakter des Schmerzensgeldes; das Nähere im Obl. R. (Die Klage des §. 1325 a. b. G. B. erscheint insofern als mixta, als sie auf Ersatz des pekuniären Verlustes und auf Strafzahlung gerichtet ist, tam rei quam poenae persequendae causa comparata. Im Grunde erscheinen nach österr. Recht auch die Obligationen, welche auf Bezahlung des s. g. Affektionsinteresses gehen, oben §. 102 Note 23, als actiones mixtae, indem hier das strafende Element in der Berücksichtigung und Veranschlagung der individuellen Vorliebe zu Geld besteht.) Der Anspruch auf Bezahlung einer Conventionalstrafe, §. 1336 a. b. G. B., ist ein rein vertragsmäßiger, die Klage darauf also eine gewöhnliche Contraktsklage, nicht etwa eine Pönalklage (vgl. Savigny V S. 59 Obl. R. II §. 80). — Daß diese Eintheilung der Klagen „als eine Eintheilung der Obligationen zu behandeln und aus dem Actionenrecht zu verweisen sei", hat schon Savigny V §. 210 Note a angedeutet und Windscheid Die Actio §. 3 mit Recht ausgeführt, dem hierin auch Muther S. 59 beistimmt.

1) Die Eintheilung der bürgerlichen Klagen in Klagen um Gut und um Schuld hat schon das mittelalterliche deutsche Recht gemacht, Sachsensp. I 70 §§. 1. 2, Richtst. Landr. (ed. Homeyer) Cap. 5 §. 1: Klagen „ume scult unde umme gut (unde umme anevanc)" vgl. Platner Histor. Entwickel. II §. 19,

Klage beruht auch die Eintheilung der Klagen in possessorische (Besitz-) und petitorische (Rechts-) Klagen, jenachdem der Besitz oder das Recht Gegenstand der Klage (des Rechtsstreites) ist[2].

II. Im eigentlichen und gewöhnlichen Sinn versteht man unter Gegenstand der Klage[3] den Zweck, den der Kläger mittelst der Klage zu erreichen sucht, also dasjenige, was der Kläger durch die Klage zu erlangen strebt: den Inhalt des klagbaren Rechtsanspruchs (§. 108)[4]. In diesem Sinn macht der Gegenstand der Klage den

---

Walter Deutsche Rechtsgesch. II §. 678 fg. §. 683 fg. §. 687 fg. Auch im heutigen Leben hat sich wenigstens der Ausdruck Schuldklage als ein allgemein üblicher erhalten.

2) Zu den possessorischen Klagen (vgl. darüber Bayer Theorie der summar. Prozess. 6. Aufl. S. 154 fg., vgl. auch Förster §. 8) gehören nach österr. Recht nur die s. g. Besitzstörungsklagen, also die (persönlichen Delikts-) Klagen zum Schutz des gestörten oder entzogenen Besitzes (interdicta retinendae, recuperandae possessionis) §§. 339. 345—347 a. b. G. B., kaiserl. Verordn. v. 27. Okt. 1849 (Michel I Nr. 563) vgl. auch §. 618 fg. prov. C. P. O. Der im possessorischen Streit Unterliegende kann daher noch immer den petitorischen Streit erheben (l. 14 §. 3 D. de except. rei jud. 44, 2 Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur), und die Entscheidung im possessorischen Streit erscheint als eine bloß provisorische §. 347 a. b. G. B. Hofdekr. 26. Nov. 1824, 1. Juli 1835 (Michel I Nr. 569. 570). — Die bei uns s. g. ordentliche Besitzklage (§. 2 der angef. kaiserl. Verordn. §. 618 prov. C. P. O., s. g. possessorium ordinarium) ist nicht eine Besitzklage sondern eine Rechtsklage, nemlich eine der actio Publiciana nachgebildete Klage zum Schutz des Eigenthums (§. 372 fg. a. b. G. B.; l. 7 §. 6 D. h. t. 6, 2 Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit), welche nur auf einer Erleichterung des Eigenthumsbeweises beruht und daher freilich auch dem bloßen bonae fidei possessor zu Gute kommt (vgl. jetzt insbesondere Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857 §. 3); daß die actio Publiciana bei uns ordentliche Besitzklage genannt wird (vgl. auch Delbrück §. 48), erklärt sich theils aus historischen Verhältnissen (vgl. Unger Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. S. 84—86), theils daraus, daß mit dieser Klage das (stärkere) „Recht zum Besitz" (vgl. §§. 851. 853 a. b. G. B. §. 5 der kaiserl. Verordn. §. 620 prov. C. P. O.) geltend gemacht wird.

3) Vgl. Puchta Pandekt. §. 84 Vorles. I S. 190 fg., Wächter Hdb. II §. 46.

4) Von diesem juristischen Gegenstand (dem praktischen Objekt) der Klage ist die Sache, das materielle Objekt, worauf sich die Klage unmittelbar oder mittelbar bezieht (homo, corpus de quo agitur, res de qua agitur in diesem Sinn, id ipsum de quo agitur l. 12 l. 14 l. 27 D. de except. rei jud. 44, 2 vgl. Bekker Die prozess. Consumpt. S. 43 fg. 232 fg.) wohl zu unterscheiden: die verschiedenartigsten Klagen können sich auf ein und dieselbe Sache beziehen (z. B. eine Eigenthumsklage, Servitutsklage, Miethsklage, Kaufsklage in Ansehung derselben Sache) vgl. Savigny V §. 231 Note f, Wächter S. 422. 423. Manche Ansprüche und Klagen haben aber auch den praktischen Zweck gemein

Inhalt des Petits aus, welches den Entwurf des Urtheils bildet, wie es der Richter zu formuliren hat, wenn er dem Begehren des Klägers (dem s. g. Klagebegehren, der Klagbitte, dem Klageantrag) durchaus stattzugeben findet [5].

Zweck der Klage ist im Allgemeinen Anerkennung des Rechts oder Rechtsverhältnisses, welches mittelst der Klage geltend gemacht wird. Diese Anerkennung verlangt der Kläger sowohl vom Beklagten [6] als vom Richter. Dieser Anspruch tritt jedoch dem Beklagten gegenüber in den Hintergrund, weil es einerseits von der Entscheidung des Richters abhängt, ob das Recht, welches geltend gemacht wird, dem Kläger wirklich zustehe, also der Beklagte verpflichtet sei, dasselbe anzuerkennen, und andererseits selbst im Fall einer dem Kläger günstigen Entscheidung die schuldige Anerkennung von Seiten des Beklagten nicht formell zu erklären ist, sondern in reellen

---

und stimmen in ihrem äußern Erfolg und letzten Resultat überein, so z. B. die Eigenthumsklage und die Commodatsklage auf Herausgabe derselben Sache; über dieses Verhältniß vgl. unten §. 117.

5) Es ist hier nur vom s. g. Sachpetit (Sachbitte, Klagebegehren §. 8 A. G. O. §§. 4. 10 prov. C. P. O.) die Rede: das s. g. Prozeßpetit (die Prozeßbitte), welches den Antrag auf Vornahme der nächsten prozeßleitenden Verfügung enthält, ist hier ohne Interesse (vgl. Bayer Vortr. §. 165). — Das Sachpetit enthält gewissermaßen diejenigen Bestandtheile in sich, welche in der Formula aus der Zeit des ordo judiciorum privatorum in der Intentio und Condemnatio enthalten waren, also den Ausdruck des Rechts, die concrete Rechtsbehauptung selbst (ea pars [ex vgl. Bekker Consumpt. S. 38] qua actor desiderium suum concludit Gaj. IV §. 41) und die Bitte (statt des prätorischen Befehls) an den Judex zu condemniren. In diesem Sinn könnte man sagen, daß die heutige Petitformel stets in jus concepta und in der Regel certa sei: die Geschichtserzählung in der heutigen Klage (vgl. unten §. 123 Note 16) repräsentirt die demonstratio der in jus, resp. die intentio der in factum concipirten Formula (vgl. Savigny V §. 214 fg., Puchta Instit. II §. 165, Keller Civilproz. §§. 39. 88).

6) Dieß wird öfters übersehen: daß aber der Kläger auch vom Beklagten die Anerkennung seines Rechts beanspruchen könne, folgt schon aus der Natur des Rechts als einer Herrschaft des Willens über den Willen (oben §§. 108. 109). Recht deutlich zeigt sich die persönliche Verpflichtung des Gegners zur Anerkennung bei den Statusklagen (vgl. Note 7), z. B. bei der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft, bei der schon ihrem Namen nach auf Anerkennung gerichteten actio de partu agnoscendo D. de agnoscendis et alendis liberis 25, 3, in welchem Titel wiederholt von einer Pflicht des Vaters, das Kind als das seine anzuerkennen, die Rede ist (z. B. l. 1 §. 4 — cogatur maritus partum agnoscere et si non agnoverit, extra ordinem coercetur, l. 1 §. 16 l. 3 §. 1 — de agnoscendo eo agatur l. 3 §§. 2. 6 eod.); ja nach röm. Recht wurde sogar unter Umständen der beklagte Schuldner gezwungen, einen Anerkennungsvertrag abzuschließen (Bähr Die Anerkennung S. 281 fg.) vgl. unten Note 20.

Leistungen, sei es nun in Folge desselben Prozesses oder eines späteren Rechtsstreites, ihren materiellen Ausdruck zu finden hat. So erscheint denn die Klage in dieser Beziehung bloß auf die richterliche Anerkennung des geltend gemachten Rechts gerichtet, und wird daher das Petit gewöhnlich[7] nur auf gerichtliche Feststellung des Daseins des behaupteten Rechtsverhältnisses gestellt. In vielen Fällen wird aber dem Kläger mit diesem Ausspruch über die Existenz seines Rechts, mit dieser mehr theoretischen Anerkennung desselben nicht geholfen sein; er wird auch die Herstellung beziehungsweise den Schutz jenes Zustandes fordern, der seinem Recht entspricht, also nebst der Anerkennung auch die **Verwirklichung** (Realisirung) seines Rechts beanspruchen. Zu diesem Ende fordert der Kläger vom Beklagten, daß dieser dem geltend gemachten Recht gemäß etwas thue oder unterlasse und stellt an den Richter die Bitte, daß er den Beklagten hiezu schuldig erkläre, daß er die **Verurtheilung** (Condemnation) desselben in diese Leistung ausspreche. Der Gegenstand der Klagen ist somit bald bloße Anerkennung des behaupteten Rechts, bald nebst dieser Anerkennung des Rechts eine bestimmte Leistung des Beklagten: mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit des Gegenstandes und des Petits lassen sich die Klagen in zwei Classen unterscheiden, in **Klagen mit und ohne Condemnation**[7a]: mit diesen macht man (bloß) das **Bestehen** eines Rechtsverhältnisses oder Rechts, mit jenen (auch) den **Inhalt** desselben geltend[8].

1) Zu den Klagen, welche auf **Condemnation** gehen, ge-

7) Man pflegt aber öfters auch bei Präjudicialklagen das Petit geradezu auf die Verpflichtung des Beklagten, ein Familienverhältniß als bestehend anzuerkennen, zu richten (z. B. A sei schuldig, B als sein Kind anzuerkennen, statt A sei Vater des B), und dann spricht auch das Urtheil diese Verpflichtung des Beklagten aus (z. B. A sei schuldig, den B als sein uneheliches Kind anzuerkennen), während es sonst im Urtheil heißt: A sei als unehelicher Vater des B anzusehen, dafür zu halten u. s. f., vgl. auch Note 18.

7a) Es versteht sich von selbst, daß hier unter Verurtheilung (Condemnatio) nicht die Sachfälligkeit des Beklagten im Gegensatz der Lossprechung (damnare — absolvere) zu verstehen ist — denn in diesem Sinn gehen natürlich alle Klagen auf Verurtheilung —, sondern die Verurtheilung des Beklagten in eine bestimmte Leistung, worauf die Exekution folgen kann; in diesem Sinn heißt es bei Gaj. IV §. 44 — certe intentio aliquando sola (sc. sine condemnatione) invenitur, sicut in praejudicialibus formulis; vgl. Keller Civilpr. §§. 38. 40.

8) Vgl. Windscheid Die Actio S. 17 fg., der aber mit Unrecht behauptet, daß dem Präjudicium „ein eigenes Recht auf Anerkennung des rechtlich oder faktisch Bestehenden gegenüberstehe" (vgl. dagegen auch Dworzak in der krit. Übersch. V

hören vor Allem die persönlichen Klagen. Diese Klagen gründen sich auf eine Obligatio, also auf ein Rechtsverhältniß, welches darin besteht, daß der Beklagte dem Kläger etwas zu leisten schuldig ist, und sind auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit[9], also unmittelbar auf eine persönliche Leistung des Beklagten (auf ein dare facere praestare) gerichtet. Die Anerkennung, daß dem Kläger das Forderungsrecht zustehe, läßt sich hier in der Fassung aussprechen, daß Beklagter dem Kläger zu leisten schuldig sei; diese Fassung ist aber zugleich die Formel für die Verurtheilung: Anerkennung und Condemnatio fallen hier zusammen, indem der Richter seine Anerkennung der Verpflichtung des Beklagten in der Form des Befehls, sie zu erfüllen, ausspricht. Es treten hier also im Petit und im Urtheil Anerkennung und Condemnatio in der Regel nicht äußerlich gesondert hervor und die Klagen aus Obligationen erscheinen insofern als Klagen auf bloße Condemnatio[9a]: dennoch ist der Sache nach auch hier das klägerische Begehren und der richterliche Ausspruch auf Beides, Anerkennung und Verurtheilung gerichtet, und es gibt prozessualische Lagen, in welchen diese beiden Momente im Petit und im Urtheil auch äußerlich gesondert hervortreten[10]. — Ferner

---

S. 11. 12): es ist vielmehr stets dasselbe Recht, welches sich wie zur Realisirung so zur Anerkennung bringt, und es steht daher dem Präjudicium jenes Recht gegenüber, auf dessen Anerkennung geklagt wird.

9) Mit Unrecht hat Hasse Rhein. Mus. VI S. 13 fg., verleitet durch eine unrichtige Auffassung des Grundes und Gegenstandes der Deliktsklagen, die Ansicht aufgestellt, daß die persönlichen Klagen nicht auf Erfüllung der Verpflichtung, sondern auf Ersatz für die Nichterfüllung gehen, vgl. dagegen auch Windscheid Die Actio S. 24 und insbesondere Demelius Untersuch. I S. 140 fg.

9a) Vgl. auch Puchta Vorles. I S. 190. Es wäre in der That ganz überflüssig, ein Petit und Urtheil etwa so zu formuliren: Beklagter sei schuldig, dem Kläger die geliehenen 100 fl. zurückzubezahlen und sei daher schuldig, dieselben binnen 14 Tagen zu bezahlen; beide Sätze werden mit Recht in den einen zusammengezogen: Beklagter sei schuldig, die geliehenen 100 fl. binnen 14 Tagen (bei sonstiger Exekution) zu bezahlen. Es macht sich also auch hier wieder der Umstand geltend, daß das Forderungsrecht und der eingeklagte Rechtsanspruch identisch sind.

10) So im Concurs, wo die s. g. Liquidirungsklage angestellt wird, womit Liquidhaltung (Anerkennung) der Forderung und Versetzung der Forderung in eine bestimmte Classe begehrt wird; hier spricht auch der Richter zunächst nur über die Existenz („Richtigkeit") der Forderung, erklärt sie als liquid resp. verweigert diese Anerkennung (s. g. Liquidirungsurtheil) und behält die Entscheidung über die Classe dem Classifikationsurtheil vor (vgl. Hofdekr. 15. Mai 1786, Wessely Handb. I Nr. 1683). Recht deutlich tritt der Unterschied zwischen Anerkennung und Verurtheilung bei persönlichen Klagen hervor, wenn im Urtheil der obligatorische An-

gehören in diese Kategorie die vermögensrechtlichen Klagen in rem, also die dinglichen Klagen und die Klagen zum Schutz des Erbrechts. Diese Klagen gründen sich auf Rechte, deren Inhalt nicht in der Verpflichtung einer bestimmten Person zu einer Leistung besteht; sie gehen nicht unmittelbar auf eine persönliche Leistung des Beklagten, sondern sind unmittelbar in rem (auf die Sache, die Erbschaft) gerichtet und haben nur mittelbar eine Leistung des Beklagten zur Folge, insoweit dieß nemlich nöthig ist, um den dem klägerischen Recht entsprechenden Zustand herzustellen[11]. Der richterliche Ausspruch, daß dem Kläger das intendirte Recht zustehe, hat deßhalb hier nicht die Fassung der Verurtheilung des Beklagten zu der vom Kläger verlangten Leistung: die Condemnatio muß daher neben der Anerkennung besonders ausgesprochen werden. Während bei den persönlichen Klagen die Verurtheilung des Beklagten in der Regel den unmittelbaren und einzigen Inhalt des Urtheils bildet, enthält bei den vermögensrechtlichen Klagen in rem das richterliche Urtheil zunächst den Ausspruch über die Existenz des behaupteten Rechts[12] und nur

---

spruch auf wiederkehrende Leistungen (z. B. Zinsen, Alimente, legirte Renten, Leibrenten, Pachtgelder) anerkannt und die Verpflichtung zur Zahlung der bereits fällig gewordenen und der künftig fällig werdenden Raten ausgesprochen wird (vgl. a. h. Entschließ. 30. Mai 1858 R. G. B. Nr. 105).

11) Mit Unrecht hat Hasse Rhein. Mus. VI S. 134 fg. 159 fg., irregeführt durch Eigenthümlichkeiten des präjudiziellen Sponsionsprozesses (sponsio mere praejudicialis mit der stipulatio pro praede litis et vindiciarum Gaj. IV §§. 91—95, Keller Civilproz. §§. 26. 27) behauptet, daß jede actio in rem, soweit sie auf eine Leistung des Beklagten gehe (z. B. die Eigenthumsklage auf Herausgabe der Sache) zugleich eine actio in personam sei, während das charakteristische Merkmal der persönlichen Klage gerade darin besteht, daß sie aus einer Obligation entspringt und deßhalb unmittelbar auf eine Leistung des Beklagten geht, was bei den Klagen in rem eben nicht der Fall ist (§. 1 I. h. t. vgl. auch Windscheid Die Actio S. 14 Note 8). Es läßt sich daher auch nicht billigen, wenn Löhr in seinem Magaz. IV S. 17 fg. und Wächter II S. 419 die actiones in rem aus dem Grunde, weil sie mittelbar auch auf eine Leistung des Beklagten gehen, gemischte Klagen nennen: doch wird freilich aus diesem Grund die hereditatis petitio in den Quellen einmal mixta personalis actio (l. 7 C. de P. H. 3, 31) genannt vgl. Löhr S. 24 fg., Arndts im Rhein. Mus. II S. 141 fg.

12) Im römischen Formularprozeß trat dieser Bestandtheil des richterlichen Urtheils selbständig hervor in der dem arbitratus judicis auf Restitution vorhergehenden pronunciatio als dem Ausspruch des Richters über die Existenz des klägerischen Rechts (cf. l. 40 §. 2 D. de proc. 3, 3 — rem meam esse pronuncietur; l. 35 §. 1 D. de R. V. — judex sententia declaravit fundum meum esse; l. 6 §. 2 D. de confess. 42, 2 — atqui si dominii mei fundum esse pronunciatum esset; l. 31 D. de pign. 20, 1 l. 35 D. de A. E. V. — quia non

mittelbar und folgerungsweise auch eine Verurtheilung des Beklagten zu bestimmten Leistungen. Es treten hier also im Petit und im Urtheil Anerkennung und Condemnation als gesonderte Momente hervor (Bd I S. 521. 536)[13]: diese Klagen sind somit Klagen auf Anerkennung des Rechts und auf Condemnation[14].

---

est de jure servitutis in rem actione pronunciatum; l. 15 D. de exc. r. j. 44, 2 — meam esse hereditatem pronunciatum sit); vgl. über diese pronunciatio Zachariä in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd XIV Nr. IV S. 95—126, Savigny IV §. 287, Keller Civilpr. S. 109. — Auch im heutigen Recht kommt eine solche von der Condemnatio abgesonderte Pronuntiatio vor, nemlich im Concurs bei den Klagen auf Liquidhaltung des Eigenthums und des Pfandrechts, Hfdekr. 19. Aug. 1825, Wessely I Nr. 1684 (— „In dem Liquidationsurtheile muß dem Kläger das Eigenthum ab- oder zuerkannt werden — jedoch ist dem Kläger das ihm von dem Gericht zuerkannte Eigenthum vor Verlauf der Ediktalanmeldungsfrist nicht zu verabfolgen —"); vgl. auch die in Nr. 41 der G. Z. 1858 mitgeth. Plenarentsch. des oberst. G. H.

13) Für den Kläger stellt sich freilich die Verurtheilung des Beklagten in die bestimmte Leistung (z. B. Herausgabe der Sache) als der praktische Zweck dar, den er mit der Klage zu erreichen sucht, und daraus erklärt es sich, „daß die minder sorgfältige Praxis sich nicht selten bloß auf die Condemnatio beschränkt" (Bayer Vortr. S. 406). Dennoch ist es von großer Wichtigkeit, das Petit und das Urtheil auf Anerkennung des Rechtes selbst zu stellen (vgl. Savigny V S. 90), schon wegen der Rechtskraft des Urtheils l. 15 l. 30 §. 1 D. de exc. r. j. (44, 2). Dieß geschieht denn auch bei uns in der Regel; so wird die Eigenthumsklage §. 366 a. b. G. B.) auf Anerkennung des Eigenthumsrechts und Herausgabe der Sache gerichtet (Zeiller II S. 130 „In der Eigenthumsklage begehrt der Eigenthümer, daß der Besitzer zur Anerkennung und Zurückstellung des Eigenthums angehalten werde"), die s. g. Exscindirungsklage (der in Form einer Klage geltend gemachte Widerspruch eines Dritten gegen die Exekution) auf Anerkennung des Eigenthumsrechts und Aufhebung der Exekution (vgl. Hfkzldekret 14. Juli 1845, Wessely I Nr. 1337 §§. 447. 534 fg. prov. C. P. O.; anders und passender nach gemeinem Recht l. 15 §. 4 D. de re jud. 42, 1, wonach der Exekutionsrichter nur summatim de proprietate cognoscit und die res judicata tantum capioni proficit vgl. Savigny VI S. 439), die Erbschaftsklage (§. 823 a. b. G. B.) auf Anerkennung des (Allein- oder Mit-) Erbrechts und Herausgabe der Erbschaft (Zeiller II S. 870 „Das Begehren ist bei der Erbschaftsklage zunächst darauf gerichtet, daß der Kläger als Erbe anerkannt werde") u. s. w. (Wie alle dem gegenüber der Verfasser der „kritischen Beiträge zur Theorie des österr. Privatrechts" S. 125 fg. 173. 175 fg. behaupten kann, daß „die dingliche Klage nicht auf Anerkennung des Rechts gerichtet sein könne", ist wohl eben so schwer zu begreifen, als dessen Behauptung, daß die dingliche Klage deßhalb einen „negativen Charakter" habe, weil sie „auf Aufhebung der Störung", also regelmäßig auf ein positives Handeln des Beklagten, gerichtet sei!)

14) Der praktische Gegenstand, welchen der Kläger mit der persönlichen oder unpersönlichen Klage auf Condemnatio in Anspruch nimmt, läßt sich in Haupt- und Nebengegenstand (Haupt- und Nebenzweck) unterscheiden; der letztere (die s. g.

2) Jene Klagen, welche keine Condemnation zur Folge haben, sind bloße Anerkennungsklagen (Klagen auf bloße Anerkennung), weil sie nicht die Verurtheilung des Beklagten in eine Leistung, sondern bloß die Erwirkung eines richterlichen Ausspruchs über die Existenz oder Nichtexistenz [14a], über Umfang oder Dauer eines behaupteten Rechtsverhältnisses oder Rechts bezwecken. Diese Klagen heißen auch Präjudicialklagen (im weiteren Sinn, praejudiciales actiones, praejudicia [15]), wenn und weil sie eine Vorfrage zur Entscheidung bringen, welche für andere Rechtsverhältnisse und Rechte maßgebend (präjudiciell) ist. Ihrer Natur nach sind alle Staatsklagen Anerkennungsklagen (Präjudicialklagen im engeren Sinn vgl. Bd I S. 509. 511), da aus den (persönlichen und) Familienverhältnissen nur ein Anspruch auf Anerkennung der Existenz derselben hervorgeht [16]; ferner die Nichtigkeitsklagen, da auch mit diesen bloß ein

---

omnis causa, causa rei vgl. Bd I S. 430) umfaßt alle Accessionen (Nebengebühren §§. 912. 913) sowohl der Sache (z. B. Früchte) als des Rechts (z. B. stipulirte Zinsen, Verzugszinsen, Schadenersatz) als der Klage selbst (z. B. Prozeßkosten); insofern unterscheidet man Klagebegehren in der Hauptsache und in der Nebensache (s. g. Hauptbegehren und Nebenbegehren, Hauptgesuch und Nebengesuch), jenes drückt den Hauptzweck der Klage aus, dieses ist auf die omnis causa gerichtet (vgl. Bayer §. 165, Beidtel §. 49 fg.). Darüber, ob auf diese Accessionen eine besondere selbständige Klage stattfinde, vgl. oben Bd I S. 605. 606 und jetzt auch Reyscher Die Klagbarkeit der Nebenforderungen in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd XVII S. 1 fg.; darüber, ob der Richter auf diese Accessionen auch ohne die darauf gestellte Bitte der Parteien zu erkennen habe, wenn nur ihre Begründung aus den Klagen erhellt, vgl. Bd I §. 66 Note 36.

14a) Unter dieser Nichtexistenz ist das Nichtvorhandensein, also sowohl das Niedagewesensein als das Nichtmehrdasein eines Rechtsverhältnisses, zu verstehen. Mit Rücksicht auf den möglichen doppelten Inhalt der Intention pflegt man die Präjudicialklagen in affirmative und negative zu unterscheiden, je nachdem die Behauptung auf das Dasein oder auf das Nichtdasein eines Rechtsverhältnisses gestellt wird, vgl. Holzschuher Theorie und Casuistik III S. 44, Schmidt Lehrb. der gerichtl. Klagen §. 220 fg.

15) Gaj. IV §. 44 §. 13 I. h. t.; vgl. Savigny V S. 19 fg. 69, Puchta Institut. II §. 167 Pandekt. §. 84, Keller Civilpr. §. 38. Es ist ebenso unrichtig, bloß die Statusklagen Präjudicialklagen zu nennen (wie dieß besonders die ältere Doktrin that, vgl. dagegen auch Wächter II S. 421. 422), als umgekehrt jede Anerkennungsklage, auch wenn sie nicht eine präjudicielle Frage zur Entscheidung bringt, Präjudicialklage zu nennen. Übrigens ist zu beachten, daß zwar in der Regel jede Präjudicialklage eine präparatorische, nicht aber umgekehrt jede präparatorische Klage eine Präjudicialklage ist (z. B. die gemeinrechtliche actio ad exhibendum im Verhältniß zur vindicatio).

16) So z. B. die Klage auf Anerkennung des Kindesverhältnisses (s. g. actio de filiatione, de partu agnoscendo: an filius sit, an ex eo mulier praegnans

Ausspruch über das Nichtdasein eines Rechtsverhältnisses verlangt wird [17]. Andere Klagen, die in der Regel auf Condemnation gehen, treten zufolge eigenthümlicher Verhältnisse als Anerkennungsklagen (Präjudicialklagen) auf; die Institute des österreichischen Rechts, sowohl des materiellen als des formellen, bieten gar manche Veranlassung dazu, daß Erbschaftsklagen [18], dingliche [19] und persön-

---

sit l. 3 §§. 2—5 l. 1 §. 16 D. h. t. 25, 3 l. 9 C. de patr. potest. 8, 47 vgl. Arndts §. 437; bei uns pflegt man diese Klage Paternitätsklage zu nennen, indem man die den Beklagten treffende Seite des Rechtsverhältnisses hervorhebt); die Klage auf Anerkennung des Vaterverhältnisses resp. der väterlichen Gewalt (Gaj. I §. 134 l. 1 C. cit. 8, 47 vgl. Arndts §. 428), des Gattenverhältnisses an uxor fuerit l. 3 §. 4 D. cit.) u. s. w. Als Kläger muß hier derjenige auftreten, der nicht in quasi possessione jenes Zustandes ist, den er für sich in Anspruch nimmt (cf. l. 7 §. 5 l. 10—12 D. de liber. caus. 40, 12, Puchta Institut. II 4. Aufl. S. 438. 439); auch von dieser Vertheilung der Parteirollen läßt sich der Schlußsatz des §. 1458 a. b. G. B. (vgl. oben §. 104 Note 50) verstehen; die Beweislast trifft im Präjudicialprozeß natürlich Denjenigen, der als Kläger einen Status für sich intendirt (cf. l. 6 D. si ingen. 40, 14 l. 14 D. de prob. 22, 3 cf. l. 12 D. de except. 44, 1 vgl. zu dieser Stelle Puchta Vorles. I Beil. VII.) — Die Klage wegen unehelicher Paternität wird in der Praxis gewöhnlich zugleich auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft und auf Alimentation gestellt: diese Verbindung ist nicht, wie man öfters mit Unrecht behauptet, unbedingt nöthig (cf. l. 6 D. cit. 40, 14 — sive nulla causa interveniat, redditur praejudicium) wohl aber zulässig (vgl. §. 4 a. b. G. B. §. 11 prov. C. P. O.); die Klage ist dann aber nur insoweit Präjudicialklage als sie den Ausspruch über den die Alimentationspflicht bedingenden Status betrifft; soweit sie den Anspruch auf Alimentation verfolgt, ist sie eine persönliche Klage (vgl. auch Wächter II §. 45 Note 10): es ist also, da zugleich über Status und Schuld gestritten wird, eine Cumulation von Klagen (Klagenhäufung) vorhanden.

17) Solche Nichtigkeitsklagen sind im österr. Recht nicht selten, so z. B. die Klagen auf (absolute oder relative) Nullität einer Ehe (§. 94 fg. a. b. G. B.; vgl. oben S. 148. 149), eines Testaments (§. 1487 a. b. G. B.), eines Vertrags (§. 877 a. b. G. B.), vgl. oben §. 91 Nr. IV. V. Unter Umständen tritt aber die Nichtigkeitsklage nicht als bloße Präjudicialklage, sondern als Klage auf Anerkennung und auf Condemnation auf, so z. B. wenn der nichtige Vertrag schon erfüllt ist, also nicht bloß Nichtigkeitserklärung desselben, sondern auch Herstellung in den vorigen Stand verlangt wird (§. 877 a. b. G. B.). — Auch das röm. Recht kennt Präjudicialklagen dieser Art, so z. B. das Präjudicium an bona jure venierint (l. 30 D. de reb. auct. jud.. 42, 5) oder das Präjudicium an praedictum sit (Gaj. IV §. 44 vgl. mit III §. 123).

18) Es findet nemlich nach österr. Recht in Folge des eigenthümlichen Instituts der Verlassenschaftsabhandlung (welches mit der Bonorum Possessio gar manche fruchtbar zu machende Ähnlichkeit hat) bei collidirenden Erbserklärungen ein Präjudicialverfahren darüber statt, wer Erbe sei, wem das Erbrecht zustehe, §. 125 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854 (nur daß auch hier, vgl. Note 7, das Petit öfters dahin gestellt wird: Beklagter sei schuldig, das Erbrecht des Klägers anzuerkennen, während es sonst so gestellt wird: es gebühre mir, dem Kläger, das Erbrecht);

liche[20] Klagen in der Gestalt von Anerkennungsklagen[21] angestellt werden[21a].

man könnte diese Klage, im Unterschied der auf Condemnatio gerichteten, und die in Folge gepflogener Verlassenschaftsabhandlung geschehene Einantwortung des Nachlasses voraussetzenden hereditatis petitio des §. 823 a. b. G. B., der s. g. Erbschaftsklage, Erbrechtsklage nennen, um es schon im Ausdruck hervorzuheben, daß mit dieser Klage bloß um das Erbrecht, nicht wie mit jener auch um die Herausgabe der Erbschaft gestritten werde.

19) So ist die s. g. Pränotationsjustificirungsklage (Vormerkungsrechtfertigungsklage §§. 438. 439. 445. 453 a. b. G. B.) im Grunde nichts anderes als eine Anerkennungsklage (Kläger petirt: es gebühre ihm das Eigenthum, die Servitut u. s. f. und die Pränotation sei daher für gerechtfertigt zu halten). Ebenso verhält es sich dort, wo im Concurs die Servitut oder Reallast angemeldet und liquidirt („richtig gestellt", „ihr Bestand rechtlich berichtigt") werden muß (vgl. Hofdekret 19. Juli 1792 Hofkzldekret 15. März 1798, Wessely I Nr. 1687. 1688). Das Gleiche gilt in dem Fall, wenn Mehrere dieselbe Sache in Anspruch nehmen, da hier nach österr. Recht §. 348 a. b. G. B. (welches hierin vom röm. Recht l. 57 D. de R. V. l. 57 D. de H. P. abweicht und sich passender Weise an das deutsche Recht anschließt, Sachsensp. III 15 §. 3 vgl. Heise und Cropp Jurist. Abhandl. I Nr. XIV insbes. Note 49) unter den Prätendenten ein Präjudicialstreit darüber abzuführen ist, wem die Sache gehöre. Umgekehrt kann aber auch eine Klage auf Anerkennung, daß das dingliche Recht erloschen sei, angestellt werden (vgl. §. 1499 a. b. G. B.). Über den Fall, wenn der nichtbesitzende Miteigenthümer (oder Miterbe) die Theilungsklage anstellt, das Nähere im besondern Theil.

20) Anerkennungsklagen sind auf dem Gebiet des Obligationenrechts nach österr. Recht (vgl. Bd I S. 551. 552) sicher ebenso zulässig wie nach gemeinem Recht, vgl. die Bd I §. 62 Not 47 angef. Schriftsteller, ferner jetzt auch Pfeiffer im civil. Arch. Bd XXXVII S. 258. 259, Windscheid Die Actio S. 18 Note 14, Bähr Die Anerkennung §. 69. (Auch das römische Recht kennt Klagen auf Anerkennung obligatorischer Rechtsansprüche von Seite des Beklagten, sie führten jedoch zu einem förmlichen Versprechen, nuda promissio, des Beklagten zum Zweck der Sicherung ihrer künftigen Geltendmachung, l. 41 D. de jud. 5, 1 l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2, und traten daher nicht als Präjudicialklagen, wie im heutigen Recht, wo das richterliche Urtheil diesen Zweck erfüllt, sondern als Klagen mit Condemnation auf; vgl. Pfeiffer S. 120. 121, Bähr S. 281 fg., Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 97 Anm. 3 a. E.) Klagen dieser Art kommen im Concursprozeß vor (Bd I S. 552), unter Umständen auch bei der Justificirung einer Pfandrechtspränotation (vgl. Aufsez Handb. über Tabularverfahren 1857 §. 140 Note**); hieher gehören ferner die Klagen auf Anerkennung, daß eine Verbindlichkeit durch Verjährung (§. 1499 a. b. G. B.) oder auf andere Art (vgl. §. 1366 a. b. G. B.) erloschen sei; im Grunde sind auch die Anfechtungsklagen (oben §. 91 lit. B.) nichts anderes als Anerkennungsklagen, da die richterliche Feststellung, daß das obligatorische Verhältniß dem Willen des Anfechtungsberechtigten gemäß als aufgehoben zu betrachten sei, die Stelle der formellen Auflösung des Vertrags vertritt (vgl. auch Bähr S. 284 fg.); doch wird sich in diesen beiden letzteren Fällen mit der Anerkennungsklage häufig ein Antrag auf Condemnation verbinden. Ebenso ist der Streit, der in Bestandverhältnissen über die geschehene Aufkündigung geführt wird (vgl. die kais. Verordn. 16. Nov. 1858 R. G. B. Nr. 213 §. 6 fg.), nichts anderes als ein Präjudicialstreit darüber, ob die Aufkündigung rechtmäßig sei

4. Nativität der Klage[1].

§. 116. Mit der Existenz des klagbaren Rechts oder Rechtsverhältnisses ist auch die Klage an sich (potentiell) vorhanden; actuell

---

oder nicht (ob der s. g. Zurücklegung, dem s. g. Rückerlag der Aufkündigung stattzugeben sei oder nicht), mit andern Worten ob das Bestandverhältniß mit einem bestimmten Tag sein Ende zu nehmen habe oder nicht: es ist also ein Präjudicialstreit über die Dauer des Bestandverhältnisses. Ebenso ist das, jedoch nicht in Gestalt eines förmlichen Prozesses abzuführende, Verfahren zur Liquidirung der Advokaten-Gebühren ein bloßes Präjudicialverfahren (vgl. Hofdekr. 4. Okt. 1833, Wessely I Nr. 1504). Auch der Rechnungsprozeß (§. 100 fg. A. G. O. §. 612 fg. prov. C. P. O.) kann als bloßer Präjudicialprozeß vorkommen, obwohl unter Umständen zugleich ein Antrag auf Verurtheilung gestellt werden kann (Hofdekr. 28. Mai 1783, Wessely I Nr. 472 §. 614 prov. C. P. O. cf. l. 32 l. 50 l. 82 l. 111 D. de cond. 35, 1 — rationes reddere nihil aliud est quam reliqua solvere).

21) Bei dieser Sachlage darf man wohl auch für das österr. Recht den allgemeinen Grundsatz aufstellen, daß eine Klage auf Anerkennung und Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses in allen Fällen zuläßig sei, in welchen der Kläger ein rechtliches Interesse (justam causam) an einer solchen Feststellung hat. — Auch die erfolgreich angestellte, aus dem Delikt der Berühmung (vgl. Muther Die Diffamationsklage in den Jahrb. des gem. Rechts Bd II Nr. II §. 16 fg.) entstehende Diffamationsklage (Aufforderungsklage §. 66 fg. A. G. O. §. 598 fg. C. P. O.) führt häufig zu einem bloßen Präjudicialstreit über das Dasein oder Nichtdasein des Rechts, dessen sich der Diffamant (der Aufgeforderte) berühmt hat; dasselbe gilt von der Aufforderung bei einem vorzunehmenden Bau §. 72 A. G. O. §§. 610. 611 prov. C. P. O.

21 a) In dem vielbesprochenen §. 13 I. de act. (vgl. auch Keller Civilproz. Note 1092) werden die praejudiciales actiones als actiones in rem bezeichnet: erwägt man, daß in allen Fällen der römischen Präjudicialklagen (vgl. Note 18) cum eo agitur, qui nullo jure nobis obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, so erklärt sich daraus wohl in einfacher Weise dieser in Einklang mit §. 1 eod. stehende Ausspruch. — Den vorstehenden Ausführungen zufolge läßt es sich wohl nicht billigen, wenn unsere Schriftsteller die Klage als stets auf die „Verurtheilung eines Andern zu einem bestimmten Thun, Leisten oder Unterlassen“ gerichtet schildern, da doch selbst in jenen Fällen, in welchen bei Präjudicialklagen das Petit darauf gerichtet wird, den Beklagten zur Anerkennung der Vaterschaft u. s. f. schuldig zu erklären, eine Condemnatio im technischen Sinn, das heißt ein exequirbarer Ausspruch des Richters auf Vornahme einer bestimmten Leistung nicht vorliegt; bei Beidtel Gerichtl. Verf. §. 44 geht Wahres und Falsches bunt durcheinander.

1) Thon „Über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung“ in der Gieß. Zeitsch. Bd VIII Nr. I S. 1 fg., Kierulff Theorie I S. 102 fg., Savigny System V §§. 239—241, Lenz Studien und Kritiken im Gebiete des preuß. röm. und deutsch. Rechts (1847) Nr. IV „Über den Anfang der Klagverjährung nach röm. und preuß. Recht“ S. 233 fg., Vangerow „Von welchem Zeitpunkt beginnt die Verjährung der Darlehnsklage?“ im Archiv für die civil. Praxis Bd XXXIII Nr. XII S. 292 fg. Pandekt. I §. 147 Anm., Brackenhöft „Über den Anfangspunkt der Klagenverjährung“ im Archiv für die prakt. Rechtswissenschaft Bd IV Nr. III S. 87 fg., Demelius Untersuchungen aus dem röm.

daseiend, concret begründet (actio nascitur, actio competit [1a]) ist die Klage aber erst dann, wenn das Recht selbst in concreto gerichtlich verfolgbar ist, also wenn der an sich klagbare Rechtsanspruch in concreto begründet und daher zur gerichtlichen Verfolgung reif ist [2]. Die Nativität der Klage ist das concrete Existentwerden des Rechts als Klagerecht: actio nata ist das Klagrecht als entstandenes, gegenwärtiges, der Rechtsanspruch als concret begründeter und daher zur selbständigen gerichtlichen Verfolgung geeigneter. In manchen Fällen ist mit der Existenz des klagbaren Rechtsverhältnisses oder Rechts auch schon die Klage existent, das Klagrecht concret vorhanden (actio nata); in anderen Fällen ist die Entstehung des Rechts und der Klage zeitlich verschieden: es bedarf noch eines besonderen Umstandes, damit sich das an sich klagbare Recht in ein gegenwärtig klagbares Recht verwandle, damit das Recht die Gestalt der Actio annehme. In solchen Fällen erscheint die Nativität der Klage als die Verwandlung des abstracten eventuellen Klagrechts in ein wirklich zustehendes, concretes Klagerecht [3].

Civilrecht Bd I (1856) Nr. II „Das Dogma von der actio nata" (S. 141 fg.), Unterholzner Ausführl. Entwicklung der gesammten Verjährungslehre zweite von Schirmer besorgte Auflage 1858) Bd II §. 260. — Man pflegt die Lehre von der Nativität der Klage in den gemeinrechtlichen Lehrbüchern erst bei der Klagenverjährung, unter den Erfordernissen derselben, darzustellen: allein, obgleich das Dogma von der actio nata für die Verjährung der Klagen von ganz besonderem praktischen Interesse ist, so ist es doch schon in rein systematischer Beziehung richtiger, vor der Lehre von der Klagenconcurrenz und dem Klagenuntergang von der Entstehung der Klagen zu handeln, da „das gesammte Actionenrecht von diesem Begriffe handelt" (Demelius I S. 115); überdieß aber hat jene gemeinsame Behandlung den nachtheiligsten Einfluß auf die Bestimmung der Nativität der Klagen überhaupt und im Einzelnen ausgeübt, indem man oft unwillkürlich aus dem Beginn der Klagenverjährung auf die Nativität der Klage zurückgeschlossen hat.

1a) Über die Bedeutung dieser Ausdrücke vgl. Demelius I S. 115. 203.

2) Böcking Pandekt I §. 131 Note 2 sagt treffend: „Das Recht (an sich, das ruhende) bewegt sich selbst zu seiner Bethätigung, indem es als actio auftritt; nascitur, nata est actio in dem Augenblick, da das Recht als ein durchzuführendes, auch mittelst Staatshülfe zu realisirendes fertig, reif ist." Vgl. auch Arndts Pandekt. §. 107. Die actio ist daher nata, sobald sie an sich (ipso jure) begründet ist: das etwaige Entgegenstehen einer Exceptio im technischen Sinn hindert die Nativität der Klage nicht (vgl. Thon in der angef. Abh. §. 14, Vangerow Pandekt. I §. 147): ja die Möglichkeit einer technischen Exceptio (unten §. 125) setzt gerade das Dasein einer an sich begründeten Klage, also die Nativität derselben voraus.

3) Über diese Unterscheidung des Klagerechts in ein eventuelles und concret begründetes vgl. Kierulff I S. 188, Demelius I S. 134 fg.

Zur Nativität der Klage ist nichts anderes erforderlich, als das objektive Begründetsein, das concrete Vorhandensein des klagbaren Rechtsanspruchs: ist das Klagrecht das Recht gerichtlich zu fordern (§. 113), so muß das Klagrecht actuell vorhanden sein, sobald die Forderung existirt; ist die Klage das Mittel zur zwangsweisen Realisirung eines Rechtsanspruchs, so kann man von diesem Mittel Gebrauch machen, sobald der Anspruch vorhanden ist. In dieser Beziehung lehrt man häufig das Gegentheil. Man behauptet, das Klagrecht sei das Resultat des Zusammenstoßes zwischen dem Recht und seiner Verletzung, das Recht, welches aus erlittenem Unrecht erwachse und auf Wiederaufhebung der Rechtsverletzung gerichtet sei, so daß die Verletzung des klagbaren Rechts eine unerläßliche Bedingung für die Nativität der Klage bilde[4]. Diese Ansicht ist unrichtig[5]. Sie beruht zunächst auf einer Verwechslung der Klagveranlassung mit der Klagentstehung[6], indem sie das gewöhnliche Mo-

4) Diese Ansicht, daß zur Entstehung des concreten Klagrechts eine Rechtsverletzung gehöre (s. g. Verletzungstheorie) findet sich bei Kierulff Theorie I §§. 9. 11, Savigny System V §§. 205. 239, Sintenis Civilrecht I §. 31, Puchta Pandekt. §§. 81. 90 Vorles. I S. 186. 204 fg., Böcking Pandekt. I §. 131 a, Windscheid Die Actio S. 41 fg. 222 Abwehr S. 7 fg., Muther Zur Lehre von der röm. Actio §§. 12—15. 20, Demelius in der angef. Abhandl. §§. 3—6. Doch weichen diese Schriftsteller untereinander wieder ab in der Auffassung des Wesens der Rechtsverletzung, vgl. oben §. 109 Noten 9—11.

5) Gegen das Erforderniß einer Rechtsverletzung als conditio sine qua non der Klagnativität haben sich erklärt Thon in der angef. Abhandl. §. 15 fg. und die bei ihm S. 36 Note 2 Genannten, Vangerow im Archiv Bd XXXIII S. 295 fg. Pandekt. I §. 147, Lenz S. 239 fg., Holzschuher Theorie und Casuistik I S. 175 Note*, Wächter Handb. II S. 413. 807, Brinz Pandekt. I §. 48, Esmarch „Zur Lehre vom Beginn der Verjährung eines klagbaren Anspruchs" in der allg. österr. Ger. Zeit. 1857 Nr. 81, Krüger im Arch. für die civil. Prax. Bd XXXVI S. 190 fg., Arndts §. 107 u. A.

6) Diese Verwechslung zeigt sich deutlich bei Puchta Vorles. I S. 186. 204 und insbesondere bei Kierulff I S. 195 Note, indem Letztere sagt, „bei einer auf Kündigung stehenden Forderung dürfe der Kläger ohne Zweifel klagen, wann er wolle, indem er auch durch die gerichtliche Klage selbst die Kündigung beschaffen könne; aber ein concret begründetes Klagrecht, das heißt einen Grund, wirklich die Klage zu erheben, habe er doch erst, wenn nach wirklich geschehener Kündigung nicht alsbald die Zahlung erfolge" (vgl. auch S. 194 in der Note die Ausführungen über die Nativität der Wiederkaufsklage, S. 198 Note* über die Nativität der rei vindicatio): hierin spricht sich wohl am klarsten die Verwechslung der Klagveranlassung mit der Klagentstehung aus. Die Veranlassung zur Anstellung der Klage kann unmöglich das die Klage in concreto erzeugende Moment sein; vielmehr muß die Klage schon vorhanden sein, damit man von ihr, wenn man Grund dazu hat, Gebrauch machen könne. Für diese Schriftsteller bliebe nichts anderes übrig, als

tiv zur Klaganstellung in ungerechtfertigter Weise[7] zu einer wesentlichen Bedingung der Klagexistenz erhebt: man ist zu klagen berechtigt, nicht weil die Befriedigung unseres Rechtsanspruchs verweigert wird, sondern weil der Gegentheil eine Leistung schuldig ist und seine Verpflichtung noch nicht erfüllt hat, wenn man gleich gewöhnlich zur Klaganstellung erst dann schreitet, wenn der Gegner auf unsere außergerichtliche Anforderung die Leistung verweigert oder verzögert. Jene Ansicht beruht aber noch auf einer andern Verwechslung. Nicht die Klage ist der Kampf des Rechts mit dem Unrecht[8], sondern der gerichtliche Rechtsstreit in seiner Totalität ist dieß; die Klage ist bloß der mögliche Beginn dieses gerichtlichen Kampfs, zu dem sie nur dann führt, wenn der Gegner sich auf denselben einläßt, indem er statt der gerichtlichen Anforderung des Klägers nachzukommen, auf den Rechtsstreit eingeht[9]. Die Rechtsverletzung als das Sichinwidersprucsetzen des Verpflichteten mit dem Willen des Berechtigten braucht der Anstellung der Klage nicht nothwendig vorherzugehen, sondern kann auch erst auf sie folgen, da die Klaganstellung auch ohne vorhergegangene außergerichtliche Aufforderung statthaft ist (unten §. 123 I Nr. 6): die Rechtsverletzung kann daher nicht

---

actio nata in einem doppelten Sinn zu nehmen, ohne und mit Rücksicht auf die Klagenverjährung, als rechtliches Klagenkönnen (Klagendürfen) und faktisches Klagenmüssen: dieß ginge aber um so weniger an, als die Klagenverjährung eben auf dem Gedanken beruht, daß wer klagen konnte, auch hätte klagen sollen.

7) Vgl. Vangerow im Archiv S. 295. 296, Brinz Pandekt. I S. 166.

8) Dieß wird jetzt insbesondere wieder von Demelius S. 147 urgirt; allein, wenn „die Klage ein Kampf des Rechts gegen das Unrecht ist", wenn „Kampf nur vorhanden ist, wo ein Feind gegenüber steht", wenn „Feind derjenige nicht ist, der das Recht eines Andern anerkennt und sich ihm fügt, sondern nur wer es verneint und verletzt": wie ist es möglich, daß die actio depositi directa bei einem zu Gunsten des Deponenten betagten Depositum (l. 1 §§. 45. 46 D. depos. 16, 3 §. 962 a. b. G. B.) sofort von der Hingabe an nata ist (Demelius S. 181. 182), da doch der Depositar, der die Sache pflichtmäßig verwahrt, das Recht des Deponenten anerkennt, also ihm nicht als Feind gegenüber steht, also in der That kein Kampf vorhanden ist?

9) Vgl. Thon in der angef. Abhandl. S. 43 fg., Schmidt Die gemischten Einreden S. 36. 37, Lenz S. 249. 250, Esmarch a. a. O. S. 326, Schirmer in der Note 738 zu Unterholzner II §. 260, der treffend bemerkt, daß „die Vertheidiger des Satzes, daß nur in Folge einer Verletzung die Klage zuständig werde, namentlich übersehen, daß wenngleich eine Verurtheilung des Beklagten ohne das nicht denkbar ist, man doch, indem man das Gericht zur Realisirung einer Forderung aufruft, höchstens die Befürchtung ausspricht, der Gegner werde nicht freiwillig leisten".

nothwendige Bedingung der Entstehung des Klagerechts sein. Die Klage ist nicht das Mittel zum Schutz des verletzten Rechts, sondern das Mittel zum Schutz des Rechts überhaupt, das heißt zur zwangsweisen Realisirung des Rechtsanspruchs; wessen Anspruch begründet und daher gegenwärtig ist, der kann von dem Mittel zu dessen zwangsweiser Realisirung sofort Gebrauch machen, wenngleich der Verpflichtete durch freiwillige Erfüllung der wirklichen Anwendung des Zwangs sich entziehen kann.

Fällt die Nativität der Klage mit der Nativität des klagbaren Anspruchs zusammen, so hängt die Lösung der Frage, wann die einzelnen Klagen in's wirkliche Dasein treten, von der Lösung der Frage ab, welche Momente sich verwirklicht haben müssen, damit der betreffende klagbare Anspruch ein concret begründeter sei: sobald sämmtliche Umstände eingetreten sind, welche den Klaganspruch erzeugen und ihn zu einem gegenwärtigen machen, ist die zu seiner Realisirung dienende actio nata. Bei persönlichen Klagen ist die Klage concret vorhanden, sobald der obligatorische Anspruch begründet und daher gegenwärtig ist, ohne daß noch eine Verletzung der Obligatio stattzufinden brauchte[10]: actio in personam ist nata,

---

10) Es bedarf also zur Nativität der Klage nicht einer besonderen Aufforderung an den Schuldner zur Erfüllung und der Verweigerung derselben, worin man früher häufig das Wesen der Rechtsverletzung bei Obligationen sehen wollte; vgl. gegen diese Ansicht (die im Grunde auch Kierulff I S. 193 fg. theilt, der die persönliche Klage aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Weigerung des Schuldners, die Obligatio zu erfüllen, entstehen läßt, und nur S. 197 Note * lehrt, daß die subjektiven Voraussetzungen der mora solvendi [Verschuldung, Imputabilität] zur Nativität der Klage nicht erforderlich seien) Thon S. 37 fg., Savigny S. 285. Eben so wenig ist die persönliche Klage erst dann nata, wenn die Erfüllung der Obligatio „ohne den Willen, das heißt gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung des Gläubigers unterbleibt", worin insbesondere Savigny S. 285 fg. eine Rechtsverletzung sieht (vgl. oben §. 109 Note 10); vgl. dagegen auch Demelius S. 149 fg. — Vom Standpunkt Muther's Die Actio S. 41 Note * und Demelius' §. 6 fg., welche die Rechtsverletzung bei Obligationen darin finden wollen, daß die fällige Leistung ausbleibt (vgl. oben §. 109 Note 11), kommt man praktisch in den meisten Fällen zu denselben Resultaten, zu welchen die Gegner der Verletzungstheorie gelangen; dafür ist aber Demelius genöthigt, auch bei der sofort fälligen Obligatio (obligatio praesens l. 14 D. de R. J.) eine momentane Unterscheidung zwischen abstraktem und concretem Klagrecht zu erkünsteln (S. 147 fg. 165 fg.) und dem Begriff der actio nata eine doppelte Bedeutung (Entstehung des Klagrechts und Unthätigkeit des Klagrechts S. 147 fg.) und eine doppelte Beziehung (bald auf die schon stattgefundene Rechtsverletzung, bald auf die, wenngleich unmittelbar, bevorstehende

sobald die Forderung fällig ist (dies venit l. 213 pr. D. de V. S.)[11]. So lange der obligatorische Anspruch in concreto noch nicht voll-

Rechtsverletzung S. 148) beizulegen; auch ist es von Demelius' Standpunkt aus nicht leicht begreiflich, wie die bloße Anerkennung der Schuld die Klagverjährung zu unterbrechen vermag (vgl. Demelius S. 171 fg.; unten §. 121), da doch die s. g. objektive Rechtsverletzung (die Nichterfüllung der Obligation) fortbesteht und die Unthätigkeit des Klagberechtigten ununterbrochen fortdauert. (Übrigens bemerkt Demelius S. 192 selbst, daß die Quellen „überhaupt von einer Rechtsverletzung, die zum Beginn der Klagverjährung gehöre, nichts wissen".) — In manchen Fällen aber ist allerdings die Verletzung der Obligation, das heißt das dem berechtigten Willen des Gläubigers Zuwiderhandeln, die Bedingung für die Nativität der Klage; so insbesondere bei den Obligationen, welche auf ein Unterlassen (omittere, non facere) gerichtet sind: aber auch hier erzeugt die Rechtsverletzung (vgl. oben §. 109 Note 8) zunächst nur den Anspruch (z. B. auf Wiederherstellung des vorigen Zustands, auf Schadenersatz, Bezahlung einer Strafe), zu dessen Realisirung die persönliche Klage dient, so daß also auch hier der Grundsatz zur Anwendung kommt, daß die actio nata ist, sobald der Anspruch rechtlich begründet ist, der klagbar geltend gemacht werden kann. Ähnliches kann sich auch bei Obligationen auf ein positives Handeln ereignen (vgl. oben §. 109 Note 11 a); die Rechtsverletzung durch Dolus oder Culpa erzeugt zunächst nur den Anspruch auf Schadenersatz: in dem Moment, in dem dieser Anspruch vorhanden ist, ist aber auch die Klage nata (Savigny V S. 303. 304).

11) Es ist daher die Klage aus einem Darleihen auf unbestimmte Zeit sofort mit Hingabe der Darleihenssumme (l. 94 §. 1 D. de solut. 46, 3 vgl. zu dieser Stelle Vangerow im Archiv S. 310 Pandekt. I S. 253. 254), die Klage aus einem Depositum sofort mit der Hingabe der Sache (l. 1 §. 22 D. depos. vgl. über diese Stelle Lenz S. 242, Vangerow im Arch. S. 306 fg. Pandekt. I S. 254. 255), die Klage auf Rückgabe der precario gegebenen Sache (§. 974 a. b. G. B.) sofort mit der Hingabe der Sache (l. 8 §. 7 D. de precar. 43, 26 vgl. Thon §. 17, Schmidt Das Interdiktenverfahren der Römer S. 122 Note 16, Vangerow Pandekt. I S 257 III §. 691) begründet. (Für die hier getroffenen Entscheidungen sind außer den Angeführten Brinz Pandekt. I S. 166, Windscheid Die Actio S. 41 fg., Wächter Handb. II S. 808, Demelius S. 164 fg. 173. 174 fg., Arndts §. 107, Dworzak in der krit. Übersch. V S. 9, Heimbach im R. L. Bd XII S. 633 fg., Schirmer zu Unterholzner II §. 260 Note 738; dagegen sind Savigny S. 291 fg., Kierulff S. 192 fg., Sintenis I S. 290 fg, Puchta Vorl. I S. 204—206.) Der Fall eines Commodats auf unbestimmte Zeit (vgl. darüber Demelius S. 189 fg.) kann nach österr. Recht nicht vorkommen, da nach demselben das Commodat immer auf bestimmte Zeit geschlossen wird (§. 971 a. b. G. B.), und die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung auf unbestimmte Zeit das Prekarium bildet §. 974 a. b. G. B.; (über diese Bestimmung das Nähere im Obl. R.). — Die Klage aus dem pactum de retrovendendo (das s. g. Recht des Wiederkaufs §. 1068 fg. a. b. G. B.) ist nach österr. Recht mit dem Moment der Hingabe der verkauften Sache nata (vgl. Thon S. 3 Anm. 3, Vangerow Pandekt. I §. 147 Anm. 2 Nr. 8, Heimbach S. 646. 647), also nicht schon vom Augenblick des Abschlusses des ersten Geschäfts an (wie Unterholzner II §. 265 und Schweppe röm. Privatr. IV §. 535 für das gemeine Recht mit gutem Grund behaupten, vgl. auch Schirmer in der

kommen begründet ist, z. B. wegen eines noch nicht gekommenen Anfangstermines[12], wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung[12a]

Note * zu Unterholzner II S. 317), aber auch nicht erst von dem Moment an, wo der Berechtigte sein Recht geltend machen zu wollen erklärt (wie Savigny S. 304 und Kierulff I S. 194 Anm. * behaupten. Diese letztere Ansicht ist in neuester Zeit von Demelius S. 194 fg., dem Schirmer beistimmt, aus dem Grunde vertheidigt worden, weil die Verpflichtung zum retrovendere eine potestativ bedingte sei, cf. l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5, und das pactum de retrovendendo nicht anders behandelt werden könne, als das pactum de contrahendo überhaupt. Allein eben aus dem pactum de contrahendo — und daß das pactum de retrovendendo ein pactum de contrahendo sei, kann für das gemeine Recht nicht mit Grund bezweifelt werden, vgl. Arndts §. 301 — entspringt sofort die Klage auf Abschluß des fraglichen Vertrags; der Käufer ist also sofort berechtigt, auf den Abschluß des Rückkaufsgeschäfts zu klagen; daß er allein derjenige ist, der diesen Abschluß verlangen kann, nicht auch der Käufer, daß er also nicht gegen seinen Willen genöthigt werden kann, die Sache zurückzukaufen, nur das sagt das si ipse vellet in jener Stelle, welches also dieselbe Bedeutung hat, wie das si velit bei der lex commissoria l. 2. 3 D. h. t. 18, 3. Das pactum de retrovendendo ist sonach an sich kein bedingter, sondern ein nur dem Verkäufer ein Recht gewährender unbedingter Vertrag. Die l. 2 C. de pact. int. emt. 4, 54 aber enthält nicht ein eigentliches pactum de retrovendendo, sondern einen wirklich suspensivbedingten Vertrag auf Rückgabe der verkauften Sache, so daß das Rückforderungsrecht erst durch die Zahlung der Einlösungssumme entsteht, vgl. Thon S. 3 Anm. 3). Vom Standpunkt des österr. Rechts aus ist die Verabredung des Wiederkaufs nicht als ein pactum de contrahendo, also das Recht des Wiederkaufs nicht als ein Recht des Verkäufers anzusehen, den Käufer zum Abschluß des Rückkaufsgeschäfts zu nöthigen (wie Nippel VII S. 194 fg. meint, was in Ansehung des §. 936 von praktischer Wichtigkeit ist, vgl. auch Stubenrauch III S. 258), sondern trotz des im §. 1071 a. b. G. B. gebrauchten Ausdrucks, als eine Verabredung, wodurch dem Verkäufer das Recht eingeräumt wird, die verkaufte Sache wieder einzulösen (§. 1068 a. b. G. B.; über die Bedeutung des Ausdrucks „einlösen" vgl. auch §§. 1072. 1075. 1077. 1079 a. b. G. B.), also als ein Recht auf Restitution der Sache gegen Rückgabe des Preises (vgl. §. 1068 a. b. G. B. und Zeiller III S. 371, der aber mit Unrecht ebenso wie Lenz S. 251 von einer auflösenden Bedingung spricht), welches die Hingabe derselben voraussetzt, also erst von diesem Moment an entstehen kann. Das Gleiche gilt vom pactum de retroemendo, dem s. g. Recht des Wiederverkaufs §. 1071 a. b. G. B. — Ebenso ist die Klage auf Aufhebung des Vertrags wegen laesio enormis, §§. 934. 935 a. b. G. B., sofort mit dem Abschluß des Vertrags (vgl. Unterholzner II S. 313. 314), die Klage auf Aufhebung der Schenkung wegen Undankbarkeit (s. g. Widerrufsklage (vgl. oben §. 98 Nr. 1 und daselbst Text zu Note 23) sofort mit der Verübung des Undanks, die actio redhibitoria wegen physischer Mängel der Sache nach österr. Recht (§. 924 fg. a. b. G. B.) im Moment der Übergabe der fehlerhaften Sache (nach röm. Recht im Moment des Vertragsabschlusses l. 19 §. 6 l. 20 D. de aedil. edict. 21, 1 vgl. Unterholzner II §. 270) begründet.

12) Es ist hier natürlich ein dies pro reo adjectus gemeint; l. 9 pr. D. de R. C. (12, 1) — si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel

oder wegen Mangels anderer rechtlicher Voraussetzungen[13], ist die persönliche Klage nondum nata. Auch bei den Realklagen hat man

---

conditionem non potero agere; l. 186 D. de R. J. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito, peti non potest. l. 7 §. 14 D. quib. ex caus. (42, 4). So lange dies nondum venit, besteht zwar schon das obligatorische Rechtsverhältniß, aber das daraus entspringende Forderungsrecht, der obligatorische Rechtsanspruch, ist so lange nicht vorhanden, als der Zeitpunkt nicht eingetreten ist (vgl. oben §. 83 Note 6 und jetzt auch Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 73 Anm. 6): erst mit dem Eintritt des dies ist der Anspruch ein daseiender, gegenwärtiger, früher ist das Recht nur ein künftiges (§. 83 Note 7; daher mußte der Richter den Kläger mit seiner verfrühten Klage abweisen, da die in der intentio enthaltene Bedingung der Verurtheilung: si paret dari oportere nicht erfüllt war, indem zur Zeit ein dari oportere nicht existirte vgl. Bekker Die prozeß. Consumt. S. 66). Da die actio erst mit Eintritt des dies nata ist, so kann auch die Klagenverjährung, welche die Nativität der Klage zu ihrer Voraussetzung hat, erst beginnen, wenn dies venit, l. 7 §. 4 C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39) Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post conditionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones 30 vel 40 annorum, quas personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. — Ist der dies pro stipulatore adjectus (vgl. oben §. 109 Note 10), z. B. im Fall des §. 962 (cf. l. 1 §§. 45. 46 D. depos. 16, 3), so ist die Forderung sofort fällig, also die actio sofort nata.

12[a]) l. 7 §. 4 cit. l. 9 pr. cit.; vgl. oben §. 82 Note 69.

13) So ist z. B. die actio tutelae directa (D. de tutel. 27, 3 §§. 262—264 a. b. G. B.) erst mit dem Ende der Vormundschaft begründet (l. 4 pr. D. cit. Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest, Savigny §. 239 Note r), die actio pigneratitia directa (die persönliche Pfandklage) auf Rückgabe der Pfandsache erst mit der Befriedigung des Gläubigers §. 1369 a. b. G. B. (l. 9 §. 3 D. h. t. 13, 7 Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio cf. l. 11 §. 2 eod. l. 40 D. de solut. 46, 3 vgl. Savigny V S. 360 fg., Vangerow Pandekt. I S. 256 Nr. 5 und insbes. Demelius S. 191 fg.); die Klage auf Rückgabe der Dos (actio de dote, rei uxoriae actio) erst mit der Auflösung der Ehe (§§. 1229. 1266 a. b. G. B. l. 7 §. 4 C. cit. verb. Ut in matrimoniis cf. l. 30 C. de J. D. 5, 12). Ist ein Darlehen auf „Kündigung" gegeben, so sind, vorausgesetzt daß es sich um eine Kündigung von Seiten des Gläubigers handelt, zwei Fälle zu unterscheiden (vgl. Thon S. 1 fg. 33 fg., Lenz S. 251 fg., Vangerow im Arch. S. 311 fg., Demelius S. 177 fg.). Ist das Darlehen gegeben auf Kündigung mit Festsetzung eines bestimmten Zahlungstermins nach erfolgter Kündigung (z. B. 30 Tage nach geschehener Kündigung, gegen viertel-, halbjährige Kündigung), so ist die Darleihensklage erst dann nata, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die bedungene Frist abgelaufen ist, da die Forderung erst mit diesem Moment fällig wird (vgl. Thon S. 3 fg., Vangerow Pandekt. I S. 254, Savigny S. 295 fg. A. M. Wächter II §. 118 Note 15, der in diesem Fall die actio sofort mit der Contrahirung der Schuld entstehen läßt; allein doch wohl mit Unrecht: die Berufung auf l. 16 §. 1 D. de compens. 16, 2 ist unzulässig, da diese Stelle sich nicht auf das Recht zur Klage,

bloß darauf zu sehen, wann der an sich klagbare Rechtsanspruch in concreto vorhanden ist, um danach die Nativität der Klage zu beur-

deren Nativität allerdings durch die dies constituti hinausgeschoben ist l. 7 cf. l. 4 §. 5 D. de re judic. 42, 1, sondern bloß auf das Recht zur Compensation bezieht vgl. Dernburg Compens. S. 430 fg., und da der Gläubiger mit einer auf Kündigung mit Frist stehenden Forderung sicher nicht einmal compensiren kann, cf. l. 7 pr. D. de compens. 16, 2). Ist die Rückzahlung des Darleihens schlechthin „nach Kündigung" ausbedungen, so liegt hierin eine bloße Einschärfung (admonitio) der Verbindlichkeit zur sofortigen Rückzahlung nach geschehener Aufkündigung (cum petiero cf. l. 48 D. de V. O. vgl. Savigny V S. 295, Thon §. 18, Vangerow Arch. S. 312 fg. Pandekt. I S. 254. 255) resp. das Versprechen der augenblicklich auf Verlangen des Gläubigers erfolgenden Rückzahlung des Geldes, wie dieß, bei geringerer Verzinsung, h. z. T. öfters bei Industrieunternehmungen (z. B. die s. g. kündigungsfreien Cassa-Anweisungen der Escomptegesellschaft) vorkommt: hier ist die actio unzweifelhaft sofort mit der Hingabe des Geldes nata. (Demelius S. 178 fg., dem Schirmer in der Note* zu Unterholzner II S. 505 beistimmt, meint, daß jene Clausel „nach Kündigung" auch eine Beschränkung des Rechts des Gläubigers, einen dies incertus quando, ja sogar eine conditio enthalten könne und beruft sich dafür auf l. 22 pr. l. 24 D. de oper. libert. 38, 1; vgl. auch Lenz S. 257 fg. Diese Behauptung ist m. E. unrichtig. Durch die Hinzufügung der Clausel „nach Kündigung", „auf Verlangen", quum poposcero, wird „die Existenz des Klagrechts" durchaus nicht hinausgeschoben: es liegt hierin nicht eine Beschränkung des Rechts des Gläubigers sofort zu fordern, sondern vielmehr eine Beschränkung des Rechts des Schuldners nach Belieben zu leisten, wodurch der Gläubiger bewirkt, daß die Leistung zu einer ihm gelegenen Zeit geschehe l. 24 cit. i. f. quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent sc. operae, quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet; l. 22 pr. i. f. — absurdum est credere, alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui praestandum est. Es ist mit andern Worten ein dies pro stipulatore adjectus, daher die Forderung sofort fällig, actio sofort nata ist; daß dieß im Fall der operae libertorum anders ist, l. 22 pr. cit. l. 73 pr. D. de V. O., erklärt sich daraus, daß das judicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint l. 13 §. 2 l. 3 pr. l. 8 l. 24 eod. l. 73 pr. D. de V. O., praeterire autem non possunt operae, antequam incipiant cedere, incipiunt posteaquam fuerint indictae, l. 13 §. 2 cit., daher das Klagrecht selbst erst dann vorhanden ist, cum patronus poposcerit nec libertus praestiterit, so daß es also erst aus der Verweigerung der geforderten Leistung entsteht, während sich dieß sonst z. B. bei einem Darlehen ganz anders verhält, l. 94 §. 1 D. de solut. 46, 3, vgl. Note 10. Wenn, wie auch Demelius S. 181. 182 annimmt, im Fall der l. 1 §§. 45. 46 D. depos., §. 962 a. b. G. B., die actio depositi von der Hingabe an nata ist, warum sollte sie dieß nicht sein, wenn z. B. der Deponent sich die Rückgabe der Sache quum poposcerit hätte versprechen lassen?) Dagegen ist die Klage aus dem Kaufgeschäft mit Abschluß des unbedingten und unbetagten Kaufs sofort nata, wenngleich dem Gegner die s. g. exceptio non adimpleti contractus zusteht, da hier der Anspruch auf Erfüllung des Kaufcontracts sofort begründet ist, und sich der Gegner nur gegen die unbedingte Realisirung jenes vollkommen zu Recht bestehenden Anspruchs schützen kann: der Anspruch ist ein begründeter und gegenwärtiger, daher actio nata, wenngleich die unbedingte Realisirung des-

theilen[14]. Es ist daher die Eigenthumsklage (§. 366 fg. a. b. G. B.) nata, sobald der Restitutionsanspruch vorhanden ist[15]; die actio confessoria (§. 523 a. b. G. B.), sobald jemand den Berechtigten in der Ausübung seines dinglichen Rechts stört oder dieses bestreitet[16]; die dingliche Pfandklage (Hypothekarklage, pignoratitia in rem actio, hypothecaria actio) gegen den Besitzer der Pfandsache, sobald der Anspruch auf Überlassung der Sache zur Erholung der Befriedigung[16a] aus derselben begründet ist (§§. 447. 461 a. b.

---

selben abgewehrt werden kann (vgl. unten §. 123 Anm. 1 und §. 125 Noten 17. 19. 20).

14) Auch diejenigen Schriftsteller, welche bei obligatorischen Klagen eine Rechtsverletzung nicht für eine wesentliche Bedingung der Nativität der Klage halten, sind doch in Ansehung der actiones in rem anderer Ansicht (vgl. z. B. Vangerow im Arch. S. 296 Pandekt. I S. 253 Nr. 1, Lenz S. 8 fg. 244, Dworzak krit. Übersch. V S. 9), so daß in dieser Beziehung so ziemlich Einstimmigkeit herrscht (vgl. Esmarch in der angef. Abhandl.). Allein diese Ansicht ist in dieser Allgemeinheit wohl gleichfalls unrichtig; sie beruht zum Theil auf einer unklaren Vorstellung von dem Wesen der Rechtsverletzung (oben §. 109 Noten 7. 7a) und führt consequent durchgeführt zu unrichtigen Entscheidungen über den Anfang der Klagverjährung; vgl. unten §. 120 Note 7a.

15) Die rei vindicatio ist daher nata, sobald jemand unsere Sache animo domini, also suo nomine besitzt, worin zugleich eine Rechtsverletzung liegt (oben §. 109 Note 7); aber auch gegen den Miether, Pächter, Nutznießer u. s. f. ist die Eigenthumsklage nicht etwa erst mit der Auflösung des obligatorischen oder dinglichen Rechtsverhältnisses nata, sondern sofort mit der Hingabe der Sache actuell vorhanden, da die Eigenthumsklage gegen jeden zusteht, der die Sache hat, qui restituendi facultatem habet (l. 9 D. de R. V. 6, 1 § 366 a. b. G. B.), also an ihrer Zulässigkeit auch gegen solche Detentoren nicht zu zweifeln ist (vgl. Fritz in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd I Nr. II insbes. S. 70 fg., Savigny V S. 284, Arndts §. 166); daß die Verjährung der Eigenthumsklage in diesen Fällen erst dann beginnt, wenn jenes Verhältniß beendet ist, aus dem der Detentor eine Exceptio gegen die an sich bereits begründete rei vindicatio entnehmen kann (l. 9 D. cit. l. 6 §. 9 D. comm. div. 10, 3 l. 1 §. 4 D. de superf. 43, 18 l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7, 9 nov. 18 c. 10), steht der früheren Nativität der Klage nicht entgegen (vgl. Noten 1 und 2), sondern erklärt sich aus besondern Gründen, vgl. unten §. 120 Note 7a.

16) l. 4 §. 5. l. 10 §. 1 D. si serv. vind. (8, 5) l. 60 §. 1 D. de usufr. (7, 1); vgl. Arndts §. 191.

16a) Während nach röm. Recht die actio hypothecaria, nach Art der Eigenthumsklage (gleich einer utilis rei vindicatio), auf Herausgabe der Pfandsache an den Gläubiger gerichtet ist (vgl. die Formel bei Arndts §. 378 Anm. 1, Bachofen Das röm. Pfandr. I 1849 S. 48 fg.), welcher sie dann außergerichtlich verkauft, geht nach österr. Recht, da der Verkauf in der Regel gerichtlich geschieht, die Hypothekarklage (dingliche Pfandklage) auf Überlassung der Pfandsache zur gerichtlichen Feilbietung §. 461 a. b. G. B. (Hieraus ergibt sich von selbst, wie in dieser Hinsicht die Formel für das Petit der dinglichen Pfandklage nach österr. Recht

G. B.)[17]; die Erbschaftsklage (im weitern Sinn, oben §. 115 Note 18), sobald ein Dritter Erbschaftssachen pro herede vel pro possessore besitzt[18] (Erbschaftsklage im eigentlichen Sinn, hereditatis petitio, §. 823 a. b. G. B.), oder sich gerichtlich mit der Wirkung erbserklärt, daß seine Erklärung der Verlassenschaftsabhandlung zu Grunde gelegt wird (§§. 125. 126 des Gesetz. vom 9. Aug. 1854; Erbrechtsklage)[19]. — Die Statusklagen[19a] endlich sind concret begründet, sobald ein daseiendes persönliches oder Familien-Rechtsverhältniß als nicht daseiend, oder ein nicht daseiendes

---

lauten muß, [vgl. Bd I §. 58 Note 22, §. 64 Noten 25. 88]: Beklagter sei schuldig, die exekutive Feilbietung der Pfandsache geschehen zu lassen, in dieselbe zu willigen u. ä.; vgl. auch W. H. Puchta Über die gerichtl. Klagen §. 128, Förster Klage und Einrede nach preuß. Recht S. 321. 322.)

17) Also sobald die Forderung fällig und nicht bezahlt ist, §§. 447. 461 a. b. G. B. (daher der Zusatz in der röm. formula in factum concepta: si paret — eam pecuniam, sc. pro qua res pignoris nomine obligata est, solutam non esse, neque eo nomine satisfactum esse); ist daher die Forderung eine bedingte oder betagte, so ist die Hypothekarklage (vgl. über diesen Ausdruck Bd I §. 61 Note 86) erst dann nata, wenn die Bedingung erfüllt oder der Zeitpunkt gekommen ist cf. l. 7 §. 4 C. cit. (Note 12) vgl. Sintenis Handb. des gem. Pfandr. S. 53 fg. 559 fg. 578, Puchta Pandekt. §. 215, Arndts §. 378. — Ist das Pfand ein Faustpfand und der Gläubiger ohne seinen Willen aus dem Besitz der Pfandsache gekommen, so steht ihm, wie nach gemeinem Recht (vgl. Sintenis S. 54. 560, W. H. Puchta Gerichtl. Klagen S. 366. 367; a. A. zum Theil G. F. Puchta Vorles. I S. 445), so auch nach österr. Recht eine dingliche Klage aus dem Pfandrecht zu Gebot, welche auf Anerkennung des Faustpfandrechts und Herausgabe der Sache geht und in dem Augenblick nata ist, wo der Dritte das Pfandobjekt in Besitz genommen hat.

18) Vgl. Unterholzner II §. 167, Arndts im R. L. V S. 234; vgl. oben Bd I S. 536 fg. Dieser Fall kann sich auch nach österr. Recht in verschiedener Gestalt ereignen, darüber das Nähere im Erbrecht.

19) Es beruht dieß auf der eigenthümlichen Natur der Verlassenschaftsabhandlung nach österr. Recht; das Nähere im Erbrecht. Daher ist aber auch die Nullitätsquerel wegen absoluter oder relativer Nichtigkeit des Testaments, welche nach österr. Recht (vgl. oben §. 94 Note 32. 33) angestellt werden muß, um ein der Geltendmachung unseres Erbrechts im Wege stehendes Testament (oder Erbvertrag) wegzuräumen, in dem Augenblick nata, wo sich der in dem nichtigen Testament eingesetzte Erbe mit der Wirkung erbserklärt, daß seine Erklärung der Verlassenschaftsabhandlung zu Grunde gelegt, also der andere Theil als Kläger aufzutreten angewiesen wird. (§§. 125. 126 cit.)

19a) Über die Nativität der Präjudicialklagen vgl. Dworzak in der krit. Übersch. V S. 10—12; in diesen Fällen ist allerdings die Rechtsverletzung Bedingung der Nativität der Klage, da so lange der Status nicht verletzt ist, eine Collision des faktischen Zustands mit dem rechtlichen nicht stattfindet, also ein Rechtsanspruch gar nicht vorhanden ist (oben §. 108).

Verhältniß dieser Art als ein daseiendes behauptet und behandelt wird [20].

5. Concurrenz der Klagen[1].

§. 117. Die Klage ist der zur selbständigen gerichtlichen Verfolgung geeignete Rechtsanspruch: eine Concurrenz der Kla-

20) Es ist daher z. B. die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft (§. 163 a. b. G. B.) in dem Moment der Geburt des Kindes, die Klage auf Anerkennung der ehelichen Vaterschaft im Moment des gerichtlichen Widerspruchs von Seite des Vaters (§. 156 a. b. G. B.), die Klage auf Nullität der Ehe von dem Moment des faktischen Bestehens derselben an nala u. s. f.

1) Vgl. Thibaut Civilistische Abhandlungen (1814) Nr. IX „Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civilklagen", Heimbach im R. L. Bd II (1840) Art. concursus actionum S. 863 fg., W. H. Puchta Über die gerichtlichen Klagen §§. 30. 37—40., Savigny System V §§. 231—236, Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd II S. 180 fg., Martens Über Concurrenz und Collision der römischen Civilklagen 1856 (durch diese Schrift ist die betreffende Lehre eben nicht sehr gefördert worden). Die ältere Literatur s. bei Glück IV §. 284 a Note 11 und Thibaut S. 146 Note 1. Die Lehre von der Klagenconcurrenz hat erst durch Savigny eine befriedigende Darstellung erhalten, ihm sind seither die meisten neueren Schriftsteller gefolgt, wie z. B. Puchta Pandekt. §. 87, Sintenis Civilr. I §. 30 Nr. III und insbesondere Wächter Handb. II §. 67, durch dessen klare Darstellung die Lehre vielfach gefördert worden ist: aber auch in dieser gereinigteren Gestalt ist die Darstellung dieser Lehre noch nicht vollkommen befriedigend, vgl. insbes. Windscheid Die Actio §. 6. Abwehr §. 15. Die ältere Darstellung der Lehre von der Klagenconcurrenz litt insbesondere (vgl. Wächter §. 67 Note 2) 1) durch die Verwechslung der bloßen Klagenconcurrenz mit der Concurrenz der klagbaren Rechte, eine Verwechslung, die sich insbesondere bei Thibaut und W. H. Puchta findet; vgl. darüber Savigny V §. 234 und die folgende Note; 2) durch die ungerechtfertigte Verbindung mit der Lehre von der Rechtskraft des Urtheils, ein Irrthum, welcher sich insbesondere bei Kierulff I S. 241—268 findet, vgl. Savigny §. 231 a. E. und unten Note 26; 3) durch die Unbekanntschaft mit den Grundsätzen des classischen römischen Rechts über die Prozeßconsumtion, vgl. Keller Lit. Contest. S. 480; 4) durch die Hereinbeziehung der rein prozessualischen Fragen von der Zulässigkeit der Häufung mehrerer Klagen in derselben Klageschrift (Klagencumulation, vgl. §. 4 A. G. O. §. 11 prov. C. P. O.), ein Fehler, der sich insbesondere bei Glück §. 284 fg. und Brackenhöft Erörter. zu Linde's Lehrb. S. 422 fg. findet: die Concurrenz der Klagen ist ein civilrechtlicher, die Cumulation der Klagen ein prozessualischer Begriff (vgl. Bayer Vortr. §. 167. — Für das heutige österr. Recht ist die Lehre von der Klagenconcurrenz eine ziemlich einfache, da einerseits von der Concurrenz einer actio mixta mit einer actio poenalis oder einer actio rei persecutoria ebensowenig die Rede sein kann, als von der für das gemeine Recht so viel besprochenen (vgl. Savigny I S. 237 fg. einerseits, Vangerow III §. 572 anderseits) Concurrenz mehrerer Pönalklagen; anderseits die Regel, daß die concurrirende Klage erst durch die Befriedigung auf Grund der angestellten Klage, nicht schon durch die Anstellung der concurrirenden Klage consumirt wird, im österr. Recht ausnahmslos gilt; vgl. Note 23. — Daß die Lehre von der Klagenconcurrenz

gen[2] ist daher eine Concurrenz klagbarer Ansprüche. Ein Zusammentreffen der Klagen ist in mancher Beziehung möglich[3]: zu einer besonderen rechtlichen Bedeutung gelangt die Concurrenz der Klagen aber nur in dem Fall, wenn mehrere Klagen dergestalt zusammentreffen, daß ihre Coexistenz auf die Wirksamkeit jeder einzelnen unter ihnen Einfluß hat. Dieß setzt voraus, daß sich die coexistirenden Klagen in einem Punkt berühren, welcher einen Zusammenhang unter ihnen bewirkt, wodurch sie ganz oder theilweise identisch werden. Dieser gemeinschaftliche Punkt[4] ist weder der thatsächliche Entstehungsgrund der verschiedenen Klagen[5], noch die Gleichartigkeit ihrer Natur[6], noch

---

nicht, wie Savigny, Sintenis, Puchta Pandekt. §. 87, Arndts §. 105 u. A. thun, zur Lehre von der Erlöschung der Klagrechte gestellt werden dürfe, hat bereits Wächter §. 67 Note 2 a. E. mit Recht bemerkt, und in neuester Zeit auch Brinz Pandekt. §. 40.

2) Die Concurrenz der Klagen unterscheidet sich von der Concurrenz der Rechte (Bd I §. 69), wie sich die klagbaren Ansprüche überhaupt von den Rechten unterscheiden.

3) So können z. B. mehrere Klagen in derselben Person oder unter verschiedenen Personen (activ oder passiv) zusammentreffen, weßhalb man ebenso wie bei der Concurrenz von Rechten (Bd I §. 69 Note 1) eine objektive und subjektive Klagenconcurrenz (vgl. Thibaut S. 162) unterschieden hat. Diese in persönlicher (subjektiver) Beziehung zusammentreffenden Klagen können bald alle nach und nebeneinander angestellt werden, bald nur eine von ihnen, so daß dadurch die übrigen ausgeschlossen werden, bald alle jedoch nur in einer bestimmten Reihenfolge: hienach hat man eine cumulative, elektive und successive Klagenconcurrenz unterschieden. Allein diese ganze Unterscheidung ist bedeutungslos, da sich für jede dieser Arten der Concurrenz nicht besondere Grundsätze aufstellen lassen, und da die Concurrenz in diesem weiten Sinn, in welchem sie mit dem Begriff der Coexistenz völlig zusammenfällt, ohne Interesse ist; vgl. insbes. Savigny V S. 210—213 und Wächter S. 455 fg. 474 fg.

4) Vgl. insbes. Savigny V §. 231.

5) Die Gemeinsamkeit oder Verschiedenheit der juristischen Thatsache, woraus die mehreren Klagen entspringen, ist in dieser Beziehung irrelevant: aus demselben Faktum (z. B. einem Diebstahl) können concurrirende (rei vindicatio und condictio furtiva) und nichtconcurrirende Klagen (condictio furtiva und actio furti) entspringen; umgekehrt können aus verschiedenen Thatsachen concurrirende Klagen hervorgehen (z. B. wenn jemand ein Thier stiehlt und es hierauf tödtet: die verschiedenen Klagen, condictio furtiva und legis Aquiliae actio, concurriren, insofern sie auf Entschädigung gehen l. 2 §. 3 D. de priv. del. 47, 1). Mit Unrecht behauptet Martens S. 4 fg. 65 fg., daß die concurrirenden Klagen immer nur aus einer und derselben Thatsache entspringen können.

6) Es können nicht bloß gleichartige, sondern auch ungleichartige Klagen concurriren, z. B. die Vindikationsklage und die Contraktsklage auf Restitution einer Sache; dagegen gibt es gleichartige Klagen, welche dennoch nicht in einem eigentlichen Concurrenzverhältniß stehen, da jede auf etwas Anderes geht, z. B. die Klagen im Fall der l. 4 pr. §. 2 D. de leg. commiss. (18, 3).

die Identität der Personen, unter denen sie stattfinden, sondern der **juristische Gegenstand** der mehreren Klagen, das **praktische Klagobjekt**[7] (oben §. 115 Nr. II und Note 4). Dasjenige, was mit der einen Klage in Anspruch genommen wird, ist ganz oder theilweise dasselbe, was mit der anderen Klage verlangt wird (z. B. Ersatz desselben Schadens, Restitution derselben Sache, Verrichtung derselben Leistung): die Gemeinschaftlichkeit[8] des juristischen Gegenstandes erzeugt die Identität der klagbaren Ansprüche und daher die Concurrenz der coexistirenden Klagen im Objekt[9]. Der juristische Gegenstand der Klagen ist der Zweck, den man mit der Klage zu erreichen sucht, das Ziel, welches man mit ihr verfolgt (oben §. 115): insoferne die mehreren Klagen ganz oder zum Theil auf denselben juristischen Zweck gerichtet sind, erscheint die Concurrenz der Klagen als das Zusammentreffen mehrerer Klagmittel zur Erreichung desselben juristischen Zwecks[10]. Da sich nun die Klage auch als Mittel zur Realisirung eines privatrechtlichen Anspruchs auffassen läßt (oben

7) Gegen diese Formel (vgl. Savigny §. 231 Nr. IV, Arndts §. 105) hat Windscheid Die Actio S. 35, wie ich glaube, unbegründete Bedenken erhoben. Allerdings hat die Entschädigung für einen Verlust oder die Wiederherstellung des Besitzes an und für sich keine juristischere Natur, als das „Geben eines Pferdes oder Hauses": allein es wird nicht geleugnet, daß auch das Geben eines Pferdes das juristische Objekt einer Klage sein könne. Wenn man den juristischen Gegenstand der Klage vom materiellen unterscheidet (vgl. auch Savigny §. 231 Note f und Wächter §. 67 Note 5), so will man damit sagen, daß der Inhalt der geforderten Leistung, nicht die materielle (körperliche) Sache allein, auf welche sich die Leistung bezieht, das entscheidende Moment bildet.

8) Nicht die bloße Gleichheit, sondern die Identität (Gemeinschaftlichkeit) des juristischen Gegenstandes erzeugt die Concurrenz der klagbaren Ansprüche: wenn mehrere Klaganspruche zwar auf das Gleiche, aber nicht gemeinschaftlich auf Ein und Dasselbe gehen, so findet eine Concurrenz der Klagen nicht statt, und durch die Befriedigung auf die eine Klage hin wird die andere nicht consumirt cf. l. 10 D. de A. E. V. (19, 1) — duas evictiones eum praestare debere. cf. l. 34 §. 3 D. de leg. I §. 660 a. b. G. B.; vgl. Wächter S. 473.

9) Die technische Klagenconcurrenz ist also „ihrem Wesen nach objektiv: in dem gemeinschaftlichen Objekt gegründet" (Savigny V S. 211).

10) Auch gegen diesen Ausdruck (vgl. Savigny §. 231 Nr. IV, Wächter §. 67 S. 459. 460, Arndts §. 105), als einen „viel zu unbestimmten Begriff" hat sich Windscheid S. 36 erklärt; wenn aber Windscheid fragt, wo denn von der Identität des Zwecks die Rede sei, wenn jemand von seinem Gesellschafter seinen Theil an den Früchten der gemeinschaftlichen Sache kraft des Gesellschaftsvertrags oder wegen der Gemeinschaftlichkeit der erzeugenden Sache (l. 38 §. 1 D. pro soc. 17, 2) fordere, so dürfte die Antwort wohl nicht schwer sein: der identische Zweck bei beiden Klagen ist die Herausgabe der Früchte.

§. 113), so kann man auch sagen, daß eine Concurrenz von Klagen vorhanden sei, sobald jemandem zur Verwirklichung ein und desselben materiellen Rechtsanspruchs[11] mehrere Klagen zustehen (concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, eandem rem persequuntur)[12]. Die Frage, ob mehrere Klagen in diesem Sinn concurriren, löst sich in die Frage auf, ob mehrere Klagen zur Realisirung ein und desselben materiellen Anspruchs, oder zur Verwirklichung verschiedener Rechtsansprüche dienen, ob eadem res[13] vorhanden ist oder nicht (cf. l. 15 §. 46 D. de injur. 47, 10)[13a].

---

11) Materiell ist wegen der Gemeinschaftlichkeit des juristischen Gegenstandes, der dem Klagberechtigten nur Einmal gebührt, nur Ein Anspruch vorhanden (una res z. B. Ein Restitutionsanspruch); formell sind aber mehrere Ansprüche vorhanden, welche zwar auf Ein und Dasselbe gehen, in allen übrigen Beziehungen aber, insbesondere rücksichtlich ihres rechtlichen Grundes (oben §. 114), verschiedener Natur sind (z. B. ein Eigenthumsanspruch und ein obligatorischer Anspruch auf Restitution derselben Sache): der Berechtigte kann nur Eines fordern, aber dieses Eine aus mehreren Gründen, er hat nur auf Eines Anspruch, aber er kann dieses Eine aus verschiedenen Gründen ansprechen. Für die Klagenconcurrenz lassen sich daher zwei Formeln aufstellen: der Kläger hat mehrere Klagmittel zur Realisirung Eines Anspruchs; der Berechtigte hat mehrere klagbare Ansprüche auf Ein und Dasselbe. Beide Formeln sind richtig, da beide Auffassungen der Klage an sich berechtigt sind (oben §. 113): die erstere Formel ist die übliche (vgl. auch Muther Die Actio §. 20 und Arndts §. 105), die letztere hat Windscheid Die Actio §. 6 Abwehr §. 15 hervorgehoben. Von diesen beiden Formeln verdient jedoch die letztere den Vorzug, da sie der civilrechtlichen Auffassung der Klagen (§. 113 a. E.) entspricht: die Concurrenz der Klagen ist eine Concurrenz klagbarer Ansprüche.

12) So kann z. B. der Eigenthümer unter Umständen auf Herausgabe seiner Sache mit der Eigenthumsklage oder einer persönlichen Klage l. 9 §. 1 D. de furt. 47, 2 l. 45. 47 D. pro soc. 17, 2 l. 2 §. 1 D. de tutel. 27, 3 cf. l. 9 D. de R. V.), mit der petitorischen oder possessorischen Klage (l. 24 D. de R. V. 6, 1 l. 18 §. 1 D. de vi 43, 16) klagen; der Beschädigte kann unter Umständen mit der Deliktsklage (actio legis Aquiliae vgl. §. 1489 a. b. G. B.) oder der Contraktsklage Schadenersatz fordern (l. 18 l. 27 §. 11 D. ad leg. Aquil. 9, 2 l. 7 §. 1 D. commod. 13, 6 l. 47 §. 1 l. 50 D. pro soc. 17, 2 l. 43 D. loc. 19, 2); ebenso concurrirt die actio pro socio mit der actio communi dividundo wegen der Früchte und Auslagen (l. 38 §. 1 D. pro soc. 17, 2), die Mandatsklage mit der Entwendungsklage (condictio furtiva), ferner zwei Contraktsklagen aus zwei Verträgen, welche auf denselben Gegenstand gehen, die Vermächtniß- und die Dotalklage, wenn der Frau die Dos relegirt ist (l. 1 §. 12 D. de dot. prael. 33, 4 §. 1229 und §. 669 a. b. G. B.), die Vermächtniß- und die Schuldklage, wenn dem Gläubiger die Schuld vermacht ist (§. 665 a. b. G. B. cf. l. 28 pr. D. leg. I), die actio locati und die actio communi dividundo zur Erlangung derselben Entschädigung (l. 35 §. 1 D. loc. 19, 2) u. s. f. vgl. auch Text Nr. 9.

13) Über diese Bedeutung des Ausdrucks res, eadem res, vgl. Bekker Die prozessual. Consumtion §§. 6. 20.

13a) In manchen Fällen wird kein Zweifel darüber sein, daß die mehreren

Wenn mehrere Klagen in der angegebenen Weise concurriren, so fragt es sich, welchen Einfluß dieses Zusammentreffen auf die rechtlichen Schicksale der einzelnen concurrirenden Klagen ausübe. Insofern die Klagen als Mittel zur Verwirklichung eines privatrechtlichen Anspruchs erscheinen, ergibt sich von selbst, daß jemand dasjenige, worauf der Eine materielle Anspruch geht, deßhalb nicht mehrfach bekommen kann, weil ihm zur Realisirung desselben mehrere Klagen zu Gebote stehen: was jemand aus verschiedenen Gründen fordern kann, erhält es deßhalb nicht mehrfach. Die mehreren auf Ein und Dasselbe gerichteten klagbaren Ansprüche stehen in einem solchem materiellen Verhältniß zu einander, daß die gerichtliche oder außergerichtliche Befriedigung des einen Klaganspruchs zugleich die direkte oder indirekte Befriedigung des andern auf denselben juristischen Gegenstand gerichteten Anspruchs enthält (Text Nr. 2) [14]. Hieraus ergibt sich für

---

Klagansprüche nicht auf Dasselbe gehen, daß sie also nicht auf Verwirklichung desselben materiellen Rechtsanspruchs gerichtet sind; so z. B. wenn aus demselben Delikt eine pönale und eine reipersecutorische Klage entspringt, da hier offenbar zwei verschiedene materielle Rechtsansprüche (auf Schadenersatz und Privatstrafe) vorhanden sind, welche nach und nebeneinander realisirt werden können (l. 54 §. 3 D. de furt. 47, 2 l. 7 §. 1 D. de condict. furt. 13, 1, Savigny S. 233), oder wenn durch Eine Handlung verschiedene Delikte begangen werden und aus jedem derselben die Verpflichtung zur Zahlung einer Privatstrafe entspringt (l. 2 pr. D. de priv. del. 47, 1), ein Fall, der nach österr. Recht nicht mehr vorkommen kann; oder wenn die mehreren Pönalklagen gegen mehrere Delinquenten begründet sind: soviel (materielle) Ansprüche als Delinquenten (l. 34 D. de injur. 47, 10 l. 51 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 vgl. Savigny S. 234. 235), einen Fall dieser Art enthält §. 552 des Strafges. (Zweifelhaft ist es, ob von mehreren Beschädigern jeder das volle Schmerzensgeld für sich bezahlen muß; doch wird man sich wohl mit mehr Grund dafür aussprechen dürfen, daß dem Beschädigten das Schmerzensgeld nur Einmal gebühre.) Ebenso ist es in den Fällen der Note 12 unzweifelhaft, daß trotz der Mehrheit der Klagen Einheit des materiellen Rechtsanspruchs (una res) vorhanden sei. Dagegen ist es z. B. auf dem Gebiet des gemeinen Rechts in hohem Grad streitig, ob wenn eine Handlung unter mehrere Strafsanktionen fällt und daher mehrere Pönalklagen erzeugt, materiell Ein Strafanspruch oder mehrere Strafansprüche vorhanden sind; vgl. Note 1 a. E.

14) Mit Recht bemerkt Windscheid Die Actio S. 32, daß „der eigenthümliche Kern" der Lehre von der Klagenconcurrenz darin besteht, daß „eine Obligatio durch Befriedigung des Gläubigers selbst dann untergeht, wenn diese Befriedigung nicht aus ihr, sondern kraft eines andern dinglichen und obligatorischen Rechtes erlangt worden ist, und daß ebenso der Anspruch auf dasjenige, was man kraft eines dinglichen Rechts verlangen kann, durch die Wiederherstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes selbst dann aufhört, wenn dieselbe nicht auf Grund des dinglichen Rechts stattgefunden hat". (Diesen Kern der Lehre hat schon Weber Beiträge zur Lehre von den Klagen II S. 7 fg. erfaßt.) Dennoch

die Lösung der aufgeworfenen Frage der allgemeine Grundsatz[15]: Das was jemandem nur Einmal gebührt und was er bereits durch eine Klage erhalten hat, kann er nicht nochmals mit einer andern Klage fordern (l. 43 §. 1 D. de R. J. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet). Im Einzelnen gilt Folgendes:

1) Von den verschiedenen concurrirenden Klagen kann man so lange nach- und nebeneinander Gebrauch machen, bis das gemeinschaftliche juristische Objekt vollständig erlangt ist.

2) Hat der Berechtigte mittelst einer der concurrirenden Klagen seinen Anspruch vollständig realisirt, so fallen die anderen Klagen, durch jene absorbirt, hinweg (consumi alteram actionem per alteram l. 14 §. 13 D. quod met. causa 4, 2[15a]). Es besteht nemlich in Folge der auf die eine Klage hin erlangten Befriedigung der identische klagbare Anspruch entweder an sich gar nicht mehr[16], oder, wenn er auch an sich (formell) noch fortbesteht[17], so steht doch der versuchten

gehört die Lehre von der Klagenconcurrenz an diesen Ort, weil es sich um die Ansprüche als klagbare, also um den Einfluß handelt, welchen die gerichtliche Verfolgung des einen Anspruchs auf die gerichtliche Verfolgbarkeit des anderen identischen (concurrirenden) Klaganspruchs hervorbringt.

15) Vgl. Savigny S. 209. 214 fg.

15a) l. 35 §. 1 D. loc. 19, 2) — cum alterutra actione rem servaverim, altera perimitur. l. 18 D. ad leg. Aquil. (9, 2) — alterutra actione contentus esse debebit actor. l. 27 §. 11 eod. — si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum. l. 43 D. loc. (19, 2) l. 53 pr. D. de O. et A. Anders natürlich, wenn jemandem Ein und Dasselbe mehr als Einmal gebührt; cf. l. 18 D. de O. et A. (44, 7), vgl. Wächter §. 67 Note 33.

16) So in dem Fall der Concurrenz des interdictum unde vi mit der rei vindicatio, oder der Contraktsklage auf Rückgabe der Sache mit der rei vindicatio: hier ist mit der erfolgten Rückstellung der Eigenthumsanspruch auf Restitution an sich hinweggefallen; ebenso in dem Fall, wenn durch die auf die eine Klage hin erlangte Befriedigung das Eine obligatorische Rechtsverhältniß, aus welchem zugleich der concurrirende klagbare Anspruch entsprungen ist, aufgelöst ist, wie bei den (echten) Correalobligationen §. 1 I. de duob. reis 3, 16 [17] l. 3 §. 1 D. de duob. reis 45, 2 §. 893 a. b. G. B.). Da in diesen Fällen durch die auf die eine Klage hin erlangte Befriedigung der identische Klaganspruch an sich (direkt) zerstört ist, so ist hiemit die concurrirende Klage von selbst (ipso jure, unmittelbar) hinweggefallen; vgl. Savigny V S. 215. 259. 260.

17) Dieß ist nach gemeinem Recht (vgl. Savigny V §. 236), der Fall, wenn zwei oder mehr Obligationen vorhanden sind, welche eine und dieselbe Leistung zu ihrem übereinstimmenden Inhalt haben, und die Zahlung nur mit direkter Bezugnahme auf die eine dieser Obligationen erfolgt: hier ist zwar die andere Obligatio nicht unmittelbar getilgt, sie wird aber durch jene Leistung indirekt aufgehoben, indem der Gläubiger Dasjenige schon hat, was ihm gebührt, also eigentlich auch

Realisirung desselben, also der späteren Geltendmachung der concurrirenden Klage, der Grundsatz der natürlichen Billigkeit entgegen [18], daß man dasjenige, was einem nur Einmal gebührt, nicht mehrmals erhalten kann: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur [19] (l. 57 D. de R. J.) [20].

3) Insoweit aber die zuerst durchgeführte Klage dem Gegenstand nach weniger umfaßt, als die concurrirende Klage, so kann diese noch immer auf das Mehr angestellt, also mit ihr dasjenige nachgefordert werden, was man mit jener, als der weniger umfassenden Klage, nicht erlangt hat (quod amplius in altera actione est, etiam hoc exequi l. 34 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2) [21]: wo die Gemeinschaftlichkeit des

---

schon in Ansehung der anderen formell noch fortbestehenden Obligatio befriedigt ist (l. 18 §. 3 D. de pec. constit. 13, 5 — solutio ad utramque obligationem proficit). Hierher gehört die Concurrenz eigentlicher Solidarobligationen, ferner der Fall, wenn eine Contrakts- und eine Deliktsklage auf dieselbe Entschädigung concurriren (l. 18 §. 1 D. commod. 13, 6 l. 27 §. 11 D. ad leg. Aquil. 9, 2 l. 18 eod. l. 43 D. loc. 19, 2 l. 50 D. pro soc. 17, 2 l. 34 §§. 1. 2 D. de O. et A. vgl. Note 31), oder wenn jemand zweimal dasselbe versprochen hat (l. 18 D. de V. O. 45, 1 Qui bis idem promittit, is eo jure amplius quam semel non tenetur) z. B. wenn die Klage aus einem Anerkennungsvertrag und der Hauptobligatio (vgl. Bähr Die Anerkennung S. 47. 48), aus einem Vergleich und der Obligatio, worüber er geschlossen wurde (vgl. Risch Lehre vom Vergleich S. 177 fg.), aus einem Wechsel und der Schuld, worüber er ausgestellt wurde (vgl. Unger Die rechtliche Natur der Inhaberpap. §. 24) concurriren. Für das österr. Recht muß man aber wohl behaupten, daß in diesen Fällen durch die mit direkter Bezugnahme auf die eine Obligatio (z. B. den Wechsel) geschehene Zahlung zugleich die andere Obligatio direkt getilgt wird, so daß in der Befriedigung der einen Obligatio unmittelbar zugleich eine Befriedigung der anderen Obligatio, also eine Aufhebung beider Obligationen ipso jure liegt; vgl. unten §. 124 Note 20.

18) In diesen Fällen steht der Geltendmachung des an sich zu Recht bestehenden Anspruchs, also der späteren Klage, eine exceptio (doli oder in factum) entgegen, (vgl. Keller Litis Contest. S. 485 fg., Savigny V S. 260 fg.

19) Dieser Grundsatz ist also nicht das allgemeine Prinzip für die Lehre von der Klagenconcurrenz; vgl. Göschen Vorles. I §§. 158. 159, Savigny V S. 260. 261.

20) Diejenigen Schriftsteller, welche eine Rechtsverletzung als wesentliche Voraussetzung der Nativität und Existenz einer Klage ansehen, stellen eine andere Formel für die Wirkung der Klagenconcurrenz auf, vgl. z. B. Muther S. 65. 66.

21) l. 41 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil consequatur (über diese Lesart vgl. Huschke a. a. O. S. 180, Savigny S. 224). Fälle dieser Art sind (vgl. Savigny §. 233) Concurrenz der actio pro socio mit der actio communi dividundo (l. 43 D. pro soc. 17. 2), der Entwendungsklage (condictio furtiva) mit der Contraktsklage (l. 47 pr. D. pro soc.); einen anderen Fall s. in l. 28 D.

juristischen Gegenstandes aufhört, da hört auch die Identität der klagbaren Ansprüche und hiermit das Concurrenzverhältniß auf.

4) Die concurrirende Klage geht dadurch verloren, daß man den identischen Anspruch schon durch die angestellte Klage realisirt hat. Es ist somit die Befriedigung (die reelle Leistung), welche den Untergang der concurrirenden Klage herbeiführt[22]: durch die bloße Wahl der einen Klage und durch die Anstellung derselben[23], selbst wenn es bis zur Litiscontestation kam[24], geht die concurrirende Klage nicht unter (perceptione, non electione aut litiscontestatione altera actio tollitur).

---

de A. E. V. (19. 1). Solche Fälle kamen insbesondere im röm. Recht häufig vor, indem die aus der Beschädigung entspringende actio mixta mit einer bloß reipersecutorischen Klage concurrirte (cf. l. 2 §. 3 D. de priv. delict. 47, 1 l. 7 §. 1 D. commod. 13, 6 l. 34 §. 2 D. de O. et A. vgl. hierüber Thibaut S. 181 fg. 190 fg., Savigny S. 226 fg.), oder mehrere Pönalklagen auf verschieden hohe Beiträge zusammentrafen: diese Fälle sind für das österr. Recht natürlich unpraktisch.

22) Vgl. Savigny §. 235. Man spricht in diesen Fällen, in welchen durch die erfolgreiche Durchführung der einen Klage die andere ausgeschlossen wird, von einer elektiven, alternativen Klagenconcurrenz (vgl. Savigny S. 212. 213, Kierulff I S. 268); doch wird hierbei dieser Ausdruck im weiteren (uneigentlichen) Sinn genommen, da man unter elektiver Klagenconcurrenz im engeren (eigentlichen) Sinn den Fall versteht, wo die eine Klage schon durch die Anstellung der concurrirenden Klage ausgeschlossen wird (una electa altera consumitur, una via electa ad alteram non datur regressus vgl. Wächter S. 475). Von einer Collision der Klagen aber kann man hier nicht sprechen: dieser (von Böcking I §. 155 und Martens S. 2. 63 fg. gebrauchte, von Windscheid Die Actio S. 33 empfohlene) Ausdruck ist unpassend, da im Fall der elektiven Concurrenz im weiteren Sinn die concurrirenden Klagen nebeneinander angestellt und fortgeführt werden können und erst die Befriedigung auf Grund der einen Klage die andere consumirt: die Klagen treffen in ihrem Endziel zusammen, sie widerstreiten einander aber nicht; sie concurriren, aber sie collidiren nicht. Selbst im Fall der elektiven Concurrenz im engeren Sinn ist eine Collision ebensowenig vorhanden, als wenn mehrere Rechte jemandem alternativ zustehen (Bd I §. 69 Note 5): es findet Wahl, nicht Conflikt statt.

23) Die Fälle, in welchen nach röm. Recht ausnahmsweise schon die Anstellung der einen Klage die concurrirende Klage ausschließt, so daß von dieser Klage selbst dann, wenn der Kläger mit der angestellten Klage nicht durchgedrungen ist oder doch nicht seine Befriedigung erhalten hat, nicht mehr Gebrauch gemacht werden kann (regressum ad aliam non futurum, vgl. über diese Fälle Göschen I §§. 157. 158, Wächter Note 32), sind nach österr. Recht theils unpraktisch, theils fallen sie (wie insbesondere der Casus der l. 1 §. 3 D. furt. adv. naut. 47, 5 l. 3 §. 5 l. 6 §. 4 D. nautae 4, 9 Savigny S. 258 Nr. 8) unter die Regel.

24) Im älteren römischen Recht verursachte das Prinzip der prozessualischen Consumtion, welche schon durch die Litiscontestation bewirkt wurde, in manchen Fällen eine wesentliche Modifikation des aufgestellten Grundsatzes, vgl. Keller

5) Hat der Kläger die eine der concurrirenden Klagen angestellt und ein condemnatorisches rechtskräftiges Urtheil erlangt[24a], so kann er, so lange dieses Urtheil nicht vollstreckt ist, die concurrirende Klage noch immer anstellen, dafern er nur ein rechtliches Interesse daran hat[25]: fehlt es an einem solchen Interesse, so kann der die concurrirende Klage anstellende Kläger auf die aus dem ersten Prozeß erlangte actio judicati verwiesen werden[25a].

6) Wird der Kläger mit der einen Klage rechtskräftig abgewiesen, so ist es lediglich nach den Grundsätzen über die Wirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses zu beurtheilen, ob auch der concurrirenden Klage

Lit. Cont. §. 55, Savigny 254 fg., Wächter Erört. III S. 16 fg.; im heutigen Recht findet eine Consumtion der concurrirenden Klage nur durch reelle Leistung auf Grund der anderen Klage, nicht schon durch Deduction dieser in judicium statt: es gibt h. z. T. nur eine materielle, nicht auch eine prozessualische Consumtion der concurrirenden Klagen.

24a) Daß die concurrirende Klage noch vor Erlangung eines rechtskräftigen Urtheils auf Grund der anderen Klage wirksam angestellt werden kann, und daß nicht etwa die Einrede der Litispendenz statthaft sei, ist füglich nicht zu bezweifeln (vgl. Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 293. 294), obgleich das Letztere öfter behauptet wurde, vgl. z. B. Thibaut S. 156 und unten Note 32.

25) Ein solches rechtliches Interesse hat der Kläger insbesondere dann, wenn die concurrirende Klage gegen einen anderen Gegner geht; aber auch in dem Fall, wenn die zweite Klage gegen denselben Gegner geht, kann der Kläger ein begründetes Interesse an der Anstellung derselben haben, indem dieser Anspruch mit besonderm Vortheil verbunden sein mag, z. B. einem privilegium exigendi, schnellerer Exekution u. s. f.

25a) In der That ist hier nur ein Doppeltes möglich (vgl. Wächter Note 17: der Kläger stellt die zweite Klage an, um das, was er einmal zu erhalten hat, doppelt zu bekommen, dann steht der zweiten Klage schon die exceptio doli entgegen; oder er hat nicht diese dolose Intention, dann kann er, so weit die zweite Klage auf Dasselbe geht, kein Interesse an der Durchführung des zweiten Prozesses haben, und der Beklagte kann sich darauf berufen, daß dem Kläger dasjenige, was er zu fordern hat, bereits rechtskräftig zuerkannt sei, und somit die zweite Klage durch Berufung auf den Mangel des Interesses für den Kläger (Bd I S. 491) ablehnen. — Die Ansichten über diese Frage sind jedoch getheilt; für die hier gegebene Entscheidung vgl. Kierulff I S. 264 fg. und insbes. Wächter S. 466; dagegen behaupten Thibaut S. 156 und Savigny §. 235 Note a ganz allgemein, daß die concurrirende Klage durch das Judikat auf Grund der anderen Klage niemals ausgeschlossen werde. (Die Berufung Savigny's auf die l. 13 §. 4 D. de pign. 20, 1 Nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem scheint mir nicht stichhaltig: das Pfand soll die Bezahlung sichern und kann daher durch die bloße Verurtheilung des Schuldners nicht zu existiren aufhören, da es vielmehr ein Mittel zur Realisirung der actio judicati ist; mit der zweiten concurrirenden Klage kann der Kläger aber doch nicht mehr als wieder die gegen denselben Gegner auf Dasselbe gehende actio judicati erlangen.)

die exceptio rei judicatae entgegenstehe oder nicht: die Concurrenz der Klagen an sich steht dem Kläger nicht im Weg, nach rechtskräftiger Abweisung mit der einen Klage noch die andere anzustellen, da der eine klagbare Anspruch zu Recht bestehen kann, während der andere unbegründet ist, und nur die erlangte Befriedigung auf das Schicksal der concurrirenden Klage einen nothwendigen Einfluß übt[26].

7) Ebenso verhält es sich, wenn der Kläger die angestellte Klage fallen läßt. Dieser Umstand hat an sich und unmittelbar keinen Einfluß auf die concurrirende Klage; mittelbar ist dieß aber allerdings möglich durch die Intention, in welcher der Kläger die Klage fallen ließ. Das Fallenlassen der angestellten Klage (die Desistenz von der Klage) ist ein Verzicht, welcher in verschiedener Absicht geschehen und hienach einen verschiedenen Umfang haben kann[27]. Der Kläger kann bloß auf den eingeleiteten Prozeß verzichtet, sich also vorbehalten haben, die fallengelassene Klage später wieder anzustellen[28] (litis renunciatio im eigentlichen Sinn, Verzichtleistung auf den Prozeß); er kann das Recht selbst, den klagweise geltend gemachten Anspruch

---

26) Hieraus ergibt sich, daß es ganz unpassend ist, in die Lehre von der Klagenconcurrenz die Lehre von den Wirkungen der res judicata einzumischen, wie dieß Thibaut in der angef. Abhandl. und insbesondere Kierulff I S. 241 fg. thun; die gehörige Trennung findet sich schon bei Göschen §. 157 B 1 §. 158 B 2; über die Nothwendigkeit derselben vgl. Savigny V S. 213. 214 VI S. 415. 416, Wächter §. 67 Note 2 und 18.

27) Über diesen Verzicht (vgl. §. 49 A. G. O. §. 18 prov. C. P. O.) vgl. Lindeloff in der Gieß. Zeitschr. Bd V S. 412—416, Wächter Erört. III. S. 52 fg. Note 48, Osterloh Lehrb. I §. 122, Schmid Handb. des Prozess. II §. 111. (Manche unserer Prozeßschriftsteller z. B. Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 164, Beidtel Gerichtl. Verfahr. §. 58, Schuster Civilproz. S. 133 unterscheiden die verschiedenen Fälle nicht gehörig.)

28) Eine rein prozessualische Frage ist es, ob zum Abstehen von der Klage mit Vorbehalt ihrer Wiederanstellung die Einwilligung des Beklagten erforderlich sei, ob dieser also den Kläger gegen dessen Willen festhalten und auf Fortverhandlung und Entscheidung der Sache bestehen könne: diese Frage, welche nach richtiger Prozeßtheorie (cf. nov. 112 c. 3) mit Rücksicht auf die passive Prozeßobligation des Klägers wohl zu bejahen ist (vgl. Lindeloff a. a. O., Buchka Einfluß des Prozess. II S. 23 fg. 102 fg., Wetzell System I S. 88, Planck Beweisurtheil S. 354 Note 2, Koch Preuß. Civilproz. I §. 167: nur über den entscheidenden Zeitpunkt herrscht Meinungsverschiedenheit), ist nach österr. Prozeßrecht wohl zu verneinen, arg. §. 49 A. G. O. Hofdekret 15. Jänner 1787 lit. bb (Wessely Handb. I Nr. 358): den vielfachen praktischen Inconvenienzen, welche hieraus entstehen, sucht das citirte Hofdekret lit. e (Wessely I Nr. 355) zum Theil abzuhelfen.

als solchen aufgegeben haben (causae renunciatio, litis renunciatio im weiteren Sinn, Verzichtleistung auf den Anspruch[29]); er kann endlich durch jenen Akt auf den materiellen Rechtsanspruch überhaupt, zu dessen Realisirung die angestellte Klage nur eines der mehreren ihm zu Gebote stehenden Mittel war, also auf alle identischen klagbaren Ansprüche, nicht bloß auf den mit der fallengelassenen Klage geltend gemachten Anspruch verzichtet haben[29a]. Nach der Bedeutung, welche der Verzicht auf die angestellte Klage im concreten Fall gehabt hat, wird die Beantwortung der Frage, ob der Kläger, welcher die angestellte Klage fallen ließ, die concurrirende Klage noch wirksam anstellen könne, verschieden ausfallen müssen[30].

8) In allen übrigen Beziehungen geht jede der concurrirenden Klagen ihre eigenen Wege, und es haben die rechtlichen Schicksale der einen Klage auf die der anderen keinen Einfluß[31].

---

29) In diesem Fall gilt der Beklagte als absolvirt ab actione und der Kläger als sachfällig, daher er die Gerichtskosten dem Beklagten ersetzen muß (§. 399 A. G. O. §. 374 prov. C. P. O. cf. l. 5 §. 1 C. de fruct. et lit. expens. 7, 51 vgl. Haimerl Die Parteien und ihre Stellvertreter S. 50 Note 1). — Im Zweifel gilt die Desistenz von der Klage als Verzicht auf den klagbaren Anspruch (cf. l. 4 C. de pact. 2, 3 §. 15 prov. C. P. O. vgl. oben §. 94 Note 39) nicht bloß auf den eingeleiteten Prozeß (a. A. Wächter l. c.), daher der Vorbehalt, die Klage von neuem anzustellen, ausdrücklich gemacht werden muß (vgl. auch Fischer Handb. der dilat. Einwendungen §. 22, dessen Ausführungen mir jedoch in mancher Beziehung nicht richtig scheinen).

29a) Im Zweifel gilt der Verzicht auf den Streit nur als Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch, nicht auch als Verzicht auf die identischen Ansprüche, da ein Verzicht im Zweifel eng auszulegen ist (vgl. oben S. 188).

30) Hieraus ergibt sich, wie ungenügend dasjenige ist, was Thibaut S. 160 fg. und Kierulff I S. 268 über das Aufgeben der angestellten Klage und über die Wirkungen eines solchen Verzichts auf die concurrirenden Klagen sagen; vgl. dagegen auch Linde Lehrb. §. 157 Note 12 und überhaupt Wächter S. 468.

31) Dieß gilt insbesondere in Ansehung der Verjährung der concurrirenden Klagen. Es können Klagen concurriren, welche an verschiedene Verjährungsfristen gebunden sind; in solchen Fällen ist jede dieser Klagen ohne Rücksicht auf die concurrirende Klage nach den für sie geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, so daß die eine Klage bereits verjährt sein kann, während die andere noch in voller Kraft besteht (vgl. auch Koch Preuß. Privatr. I §. 191). So z. B. verjährt die Contraktsklage wegen Beschädigung der restituirten Sache in dem Termin von dreißig Tagen (§§. 967. 982 a. b. G. B.) oder einem Jahr §. 1111 a. b. G. B.) von der Zeit der Rückstellung an, während die Deliktsklage, die wegen derselben Beschädigung zustehen kann, in drei Jahren a tempore scientiae oder in dreißig Jahren verjährt (§. 1489 a. b. G. B.; daß dieser § sich nur auf die aus Delikten entspringenden Klagen auf Entschädigung beziehe, läßt sich in überzeugender Weise nachweisen,

9) Diese Grundsätze gelten nicht bloß, wenn dem Berechtigten mehrere Klagen gegen dieselbe Person zustehen, sondern auch in dem Fall, wenn die concurrirenden Klagen gegen verschiedene Personen gerichtet sind[32]. In manchen Fällen kann jedoch die concurrirende

das Nähere im Obl. Recht). Es concurriren also (was aber freilich bei uns gewöhnlich ganz übersehen wird) nach österr. Recht wie nach röm. Recht (Note 17) zwei Klagen (Deliktsklage und Contraktsklage), welche in verschiedener Zeit verjähren; hätte also z. B. der Commodatar die dreißig Tage des §. 982 a. b. G. B. verstreichen lassen, so kann er, wenn die Beschädigung aus einer an sich widerrechtlichen Handlung (einem Delikt, oben §. 100) hervorgegangen ist, noch immer die Klage aus dem §. 1489 a. b. G. B. anstellen: beide Klagen gehen auf denselben Gegenstand (Ersatz desselben Schadens), sie unterscheiden sich aber im Klagfundament und in der Beweislast, in welchen Beziehungen die Contraktsklage praktisch ungleich vortheilhafter ist. Überhaupt ist es Sache desjenigen, der aus mehreren Gründen dasselbe fordern kann, also mehrere klagbare Ansprüche auf denselben Gegenstand hat, jene Klage auszuwählen, welche am leichtesten und sichersten zum Ziele führt l. 24 D. de R. V. (6, 1) Is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere; vgl. auch die Mahnung W. H. Puchta's Über die gerichtlichen Klagen S. 6.

32) Ein Fall dieser Art ist die Concurrenz von Klagen auf Restitution derselben Sache gegen mehrere Personen aus verschiedenen Verpflichtungsgründen (z. B. die Contraktsklage gegen den Obligirten und die rei vindicatio gegen den Dritten, in dessen Hand die geliehene u. s. w. Sache kam, oder im Fall des §. 378 a. b. G. B.): auch in diesem Fall wird die concurrirende Klage nur durch reelle Befriedigung auf Grund der anderen ausgeschlossen, als solche gilt aber nur die Restitution der Sache, nicht schon die Zahlung der Litisästimatio; das Nähere im besonderen Theil. Ferner gehört die passive Gesammtverbindlichkeit (Correalität) hieher (im Fall der aktiven Correalität, §. 892 a. b. G. B., ist eine Collision der Rechte und Ansprüche vorhanden vgl. Bd I §. 70 Note 31 und unten §. 128 Note 14); die Klage gegen die übrigen Mitschuldner wird nicht schon durch die Anstellung der Klage gegen Einen derselben, sondern erst durch die wirkliche Befriedigung consumirt, und kann daher nicht bloß nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung, sondern selbst nach fruchtloser Executionsführung gegen die anderen Schuldner angestellt werden (§§. 891. 893 a. b. G. B. l. 28 C. de fidejuss. 8, 41 — ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias donec per omnia ei satisfiat. l. 8 §. 1 D. de leg. I. Savigny Obl. R. I §. 19). Dagegen enthält der §. 891 a. b. G. B. die Bestimmung, daß dem Gläubiger die Wahl unter den Correalschuldnern selbst nach angestellter Klage nur dann vorbehalten bleibt, „wenn er von derselben absteht": der Gläubiger muß somit seine Klage gegen den Belangten fallen lassen, wenn er sie gegen die anderen Correalschuldner richten will. Diese Bestimmung (welche auch in den §. 600 des sächs. Entwurfs übergegangen ist, während sie in Abth. IV Art. 7 des hess. Entwurfs mit Recht fehlt, und welche auch von gemeinrechtlichen Schriftstellern vertheidigt wird z. B. von Buchka Einfluß des Prozesses II S. 137 fg., auch Wächter Erörter. III S. 57 scheint dieser Ansicht zu sein, vgl. jedoch dessen Handb. II S. 468) läßt sich wohl nicht rechtfertigen: sie scheint aus einer unrichtigen Herbeiziehung der Grundsätze von der

Klage erst dann angestellt werden, wenn die andere zu Gebot stehende Klage geltend gemacht worden ist, ohne zu einer reellen Befriedigung geführt zu haben (subsidiäre Klagen [33]).

Untergang der Klagen.

a. Im Allgemeinen.

§. 118. Die Klage ist das Recht als gerichtlich verfolgbares: der Untergang der Rechte ist daher auch der Untergang der Klagen. In diesen Fällen kommt jedoch der Untergang der Klage zu keiner besonderen Erscheinung, da zunächst das klagbare Recht selbst untergeht und das Moment der Klagbarkeit nur folgeweise mit allen übrigen Bestandtheilen des Rechts verloren geht: die Klage erlischt in Folge des Erlöschens des klagbaren Rechts, der Verlust des Rechts zieht den Verlust der Klage nach sich, da, wenn das Recht zu Grunde gegangen ist, das Objekt der Geltendmachung hinweggefallen ist. In diesen Fällen geht also mit dem Recht die Klage unter. Die Darstellung solcher Erlöschungs- und Aufhebungsgründe gehört daher in die Lehre vom Untergang der Rechte. Dieß gilt insbesondere auch vom Tod einer Partei, da, wenn in Folge dieses Ereignisses eine Klage verloren geht, zunächst und unmittelbar das ganze klagbare Recht selbst und nur mit diesem die Klage untergeht: die Beschrän-

---

Litispendenz (Note 24 a) und aus einer übertriebenen Vorsorge gegen eine etwaige doppelte Bezahlung hervorgegangen zu sein, und führt in praktischer Beziehung zu vielfachen Inconvenienzen, so z. B. schon mit Rücksicht auf den Grundsatz, daß der vom Prozeß abstehende Kläger jedenfalls dem Beklagten die Prozeßkosten zu ersetzen hat (§§. 49. 399 A. G. O. §§. 18. 374 G. P. O. vgl. Zeiller III S. 71: hienach muß der Gläubiger, der bloß den einen Correalschuldner belangt hat, weil der andere damals insolvent war, von diesem Prozeß abstehen, also die Kosten ersetzen, wenn er nunmehr, weil der Beklagte insolvent und der andere Correalschuldner mittlerweile solvent wurde, seine Klage gegen diesen richten will!), sowie in manchen anderen Beziehungen. (Im Wechselrecht gilt denn auch diese Bestimmung nicht vgl. Art. 49 W. O.; das Nähere im Obl. R.)

33) So z. B. im Fall des §. 265 a. b. G. B. (cf. l. 1 pr. D. de magistr. conven. 37, 8 l. 5 D. de conf. tutor. 26, 3); einen anderen Fall s. jetzt in der kais. Verordn. v. 12. März 1859 (R. G. B. Nr. 46) über die Haftung für das Verschulden der Gerichtsbeamten §. 1. — Allgemein subsidiäre Klagen, wie nach röm. Recht (vgl. Schneider Die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechts 1834 S. 3. 51 fg.) gibt es nach österr. Recht nicht. (Diese allgemein subsidiären Klagen gehören aber wohl gar nicht in die Lehre von der Klagenconcurrenz, wohin sie z. B. Wächter Handb. S. 472 und Vangerow I §. 153 stellen, da die allgemein subsidiäre Klage gar nicht zusteht, so lange die andere Klage vorhanden ist, mit der man denselben Zweck erreichen kann, also eine Coexistenz von Klagen in der That gar nicht besteht, vgl. auch Bd. I §. 70 S. 625).

kungen des aktiven und passiven Übergangs der Klagen (actio heredi vel in heredem non competit) sind Beschränkungen des Übergangs der Rechte oder der Verbindlichkeiten auf die Erben (Bd I §. 64 A und unten §. 128 Nr. I 4)[1].

Zu einer besonderen Erscheinung gelangt der Untergang der Klagen in jenen Fällen, in welchen der Endigungsgrund ausschließlich oder doch zunächst nur die Klage trifft. Die möglichen Fälle sind folgende: 1) Das Klagrecht als das Befugniß, ein Recht im Weg der Klage geltend zu machen, geht verloren, während das Recht selbst fortbesteht: hier hört das Recht bloß auf ein klagbares zu sein, es ist nur das Moment der Klagbarkeit des Rechts hinweggefallen. Dieser Fall kann sich nur bei persönlichen Klagen (actiones in personam) ereignen. 2) Der concrete Klaganspruch selbst, also der bestimmte zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Anspruch geht unter, während das Recht selbst fortbesteht, und gegen Dritte klagbar bleibt. Dieser Fall kann sich nur bei unpersönlichen Klagen (actiones in rem) ereignen[2]. 3) Es geht nicht bloß der Klaganspruch,

1) Es läßt sich daher nicht billigen, wenn in den meisten neueren Lehrbüchern des gemeinen Rechts (z. B. Kierulff I S. 215 fg., Savigny V §. 231, Puchta §. 88, Arndts §. 104) die Lehre vom Untergang der Klagen durch den Tod einer Partei bei der Lehre von den Klagen abgehandelt wird, da in den fraglichen Fällen nicht bloß das Klagerecht, sondern das ganze klagbare Recht erlischt; vgl. Wächter Handb. II §. 68 Note 1 und insbesondere Windscheid Die Actio §. 5 und Abwehr §. 14 (gegen Muther's Die Actio §. 19 versuchte Rechtfertigung der herrschenden Darstellungsweise). Wenn man dennoch auch h. z. T. statt vom Untergang resp. Nichtuntergang der Rechte durch den Tod vom Übergang resp. Nichtübergang der Klagen auf die Erben spricht, so erklärt sich dieß daraus, daß man unter Klage das Recht in seiner vorzugsweise charakteristischen Eigenschaft der Erzwingbarkeit versteht, also mit dem Ausdruck Klage das gerichtlich verfolgbare Recht meint: in diesem Sinn heißt es in §. 949 a. b. G. B., daß das „Recht zur Widerrufsklage" in Folge der Undankbarkeit des Beschenkten (abweichend vom röm. Recht l. 10 C. de revoc. donat. 8, 56, vgl. oben §. 98 Noten 11. 13) auf die Erben des Verletzten und gegen die Erben des Verletzers übergehe.

2) So gehen jene dinglichen Klagen, welche man bloß gegen den Besitzer einer Sache als solchen anstellen kann, unter, wenn der jetzige Besitzer sie aus seinem Besitz verliert, während das Recht selbst fortbesteht: kommt die Sache in die Hände eines Dritten, so entsteht gegen diesen ein neuer selbständiger Restitutionsanspruch; kommt die Sache in den Besitz des Eigenthümers zurück, so verliert das Recht völlig seine Beziehung auf einen bestimmten Dritten, und es existirt daher gar kein gerichtlich verfolgbarer Rechtsanspruch (l. 54 §. 3 D. de furt. 47, 2). Aus diesem Grund gehen diese Klagen in der Regel nur dann gegen den Erben des Verstorbenen, wenn er Besitzer der Sache ist (l. 55 D. de R. V. 6, 1), weil die

sondern das klagbare Recht selbst unter, aber der Erlöschungsgrund trifft zunächst die Klage und nur mittelbar das Recht: hier zieht der Verlust der Klage den Verlust des Rechts nach sich, mit der Klage geht das Recht unter. Endigungsgründe der ersten Art gibt es nach österreichischem Recht nicht: das österreichische Recht[3]

Klage auf die Sache und daher nur gegen den Inhaber derselben als solchen geht (l. 9 D. cit. 6, 1 §§. 366. 369 a. b. G. B.): es geht also die Klage gegen den Erben nicht als Erben, sondern als Besitzer der Sache; anders verhält es sich (l. 42 l. 52 D. de R. V. 6, 1), wenn der Verstorbene dolo desiit possidere, da die dingliche Klage in dieser Beziehung nach römischem Recht nach Analogie einer Deliktsklage (also persönlichen Klage) auf Schadenersatz behandelt wird, vgl. Savigny V S. 203. 54, Puchta Vorles. I S. 200; über das österr. Recht in dieser Beziehung das Nähere im Sachenrecht. Daß die confessorische und negatorische Klage nicht ohne weiteres gegen die Erben des Verstorbenen gehen, erklärt sich daraus, daß der Erbe in die Nichtanerkennung resp. Verletzung des Rechts nicht succedirt; vgl. auch Savigny V S. 203. 204. (Wächter II S. 477. 478 rechnet in die Kategorie auch die persönlichen Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, z. B. ad exhibendum actio: allein wohl mit Unrecht, da hier mit dem Besitzwechsel das Forderungsrecht erlischt, wenn es gleich aus der neuen Obligatio sofort als neues ersteht.)

3 Das römische Recht kennt allerdings gar manche Fälle dieser Art, sie sind alle aber für das österr. Recht unpraktisch: 1) Die capitis deminutio minima hatte das Erlöschen der Klagbarkeit der Schuld zur Folge (desinit jure civili debere), der capite minutus blieb aber naturaliter obligatus (l. 2 §§. 2. 3 l. 8—10 D. de cap. min. 4, 5 Gaj. IV §. 38 III §. 84 Savigny II S. 182 fg. Obl. R. I S. 80); diese schon im Justin. Recht unpraktische Bestimmung (vgl. Savigny System II S. 149) hat im österr. Recht die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit vollständig verloren (Bd I §. 29). 2) Wenn eine zwischen unabhängigen Personen entstandene klagbare Obligation auf Personen überging, welche durch väterliche Gewalt verbunden waren, so mußte die Klagbarkeit der Forderung erlöschen (vgl. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandekt. Recht 1840 Nr. II Über Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen §. 11 S. 210 fg.), da zwischen solchen Personen eine civilis obligatio nicht bestehen konnte (vgl. Savigny System II §. 67 Obl. R. I §. 10 Nr. 2); nach österr. Recht sind alle Personen sui juris im röm. Sinn und steht die väterliche Gewalt der Klagbarkeit einer Obligatio zwischen Vater und Sohn nicht entgegen (Bd I S. 254—256). 3) Wenn der Gläubiger vom Schuldner zum Erben eingesetzt, aber mit der Restitution der ganzen Erbschaft beschwert ist, und gegen seinen Willen zum Antritt der Erbschaft und zur Restitution gezwungen wird, ist seine Forderung durch Confusion ipso jure getilgt, sie besteht aber als naturalis fort (l. 59 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1 vgl. Savigny Obl. R. I S. 79): nach österr. Recht gibt und braucht es keinen Zwang zum Antritt der Erbschaft in einem solchen Fall, vgl. §. 608 a. b. G. B. 4) In Folge der älteren prozessualischen Consumtion, insbesondere beim Verlust eines Prozesses wegen Plurispetitio oder eines Fehlers in der Formel (causa cadere), blieb die Obligatio als naturalis (unklagbare) fortbestehen; vgl. hierüber insbesondere Bekker Die prozess. Consumt. §. 23: dieser Fall kann sich nach österr. Recht (vgl. unten §. 127 Nr. II) ebensowenig

kennt keinen Fall, in welchem ein klagbares Recht durch später eingetretene Ereignisse die Klagbarkeit verlieren, also das bloße Moment der selbständigen gerichtlichen Verfolgbarkeit erlöschen würde. Dagegen gibt es allerdings Ereignisse, welche den Untergang der Klagen in der Nr. 2 und 3 bezeichneten Weise zur Folge haben können. Von universeller Bedeutung ist aber in dieser Beziehung nur die **Klagenverjährung**, da sie allein ein allen Klagen gemeinschaftlicher Erlöschungsgrund ist[4].

b. Die Klagenverjährung*.

α) Begriff und Umfang der Klagenverjährung.

§. 119. Die Klagen gehen unter durch **Verjährung**, das ist durch Nichtanstellung der Klage während der gesetzlich bestimmten Zeit (vgl. S. 275). Auch diesen durch Versäumniß herbeigeführten Verlust der Klage selbst pflegt man, indem man die Ursache mit der Wirkung verwechselt (oben §. 104 Note 5), Verjährung zu nennen[1].

Die juristische Causa dieses Verlustes ist das Stillschweigen durch die gesetzlich bestimmte Zeit hindurch (juge silentium, diuturnum

ereignen als 5) der Fall des Verlusts der Klage durch die s. g. Prozeßverjährung (vgl. Gaj. IV §§. 104. 105 l. 8 §. 1 D. rat. rem 46, 8 l. 30 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 vgl. Keller Lit. Contest. S. 158. 159, Savigny Obl. R. I §. 11 Nr. 11). 6) Im Fall eines mit Unrecht freisprechenden Urtheils bleibt nach österr. Recht der Schuldner unzweifelhaft (vgl. unten §. 132) nicht naturaliter obligirt, während dieß nach gemeinem Recht bekanntlich vielfach behauptet wird (vgl. über diese Streitfrage Savigny Obl. R. I §. 11 Nr. 9, Arndts §. 271). 7) Im Fall der Verjährung einer Forderungsklage bleibt nach österr. Recht die Obligatio auch nicht als naturalis fortbestehen (vgl. unten §. 122), wie dieß nach der Ansicht Vieler (vgl. z. B. Savigny Obl. R. I §. 11 Nr. 10) nach gemeinem Recht der Fall sein soll.

4) Wenn Wächter §. 68 Noten 1. 13 a. E. behauptet, daß die Klagverjährung nicht zur Lehre von der Erlöschung der Klagen, sondern zur Lehre von dem Untergang der Rechte selbst gehöre, so steht diese in solcher Allgemeinheit aufgestellte Behauptung im Widerspruch mit dem, was Wächter selbst §. 119 Nr. 2 ausführt.

*) Zur Literatur der Klagenverjährung gehören die oben §. 104 Noten 1 und 13 angeführten Schriften über die Verjährung überhaupt, ferner insbesondere Savigny System V §§. 237—252 und Kierulff Theorie I S. 189—212; vgl. auch Heimbach im R. L. Bd XII Art. Verjährung S. 632 fg. Über das Geschichtliche der Klagenverjährung nach röm. Recht vgl. Puchta Cursus der Institut. II §. 208, Savigny V §. 238, Demelius Untersuchungen I Nr. I „Geschichte der Klagenverjährung" S. 1—110.

1) Vgl. z. B. Savigny V S. 265. 266, Puchta Pandekt. §. 89, Arndts Pandekt. §. 106.

silentium, jugis taciturnitas, §. 1479 a. b. G. B.; oben §. 104 Note 77[a]): wer eine gewisse gesetzlich[2] bestimmte Zeit hindurch verabsäumt hat, seine Klage anzustellen, der hat sich dadurch seines Klagrechts für immer verschwiegen. Gerechtfertigt[3] wird dieser Untergang der Klagen in Folge lange versäumter Anstellung derselben, „theils durch die Nachlässigkeit des Klägers in der Geltendmachung seines Anspruchs[4], theils durch die Rücksicht auf den Beklagten, um diesen gegen Erhebung von Rechtsansprüchen zu schützen, die vielleicht nur scheinbar begründet, in der That aus nicht mehr zu erweisenden Gründen erloschen sind"[5]. Die Klagverjährung ist ein

---

2) Hiedurch unterscheidet sich der Verlust des Klagerechts durch Verjährung vom Verlust des Klagerechts durch richterliche Auflegung des ewigen Stillschweigens im Fall des Aufforderungs- (Provokations-) Prozesses §. 66 fg. A. G. O. §. 598 fg. prov. C. P. O.), da in letzterem Fall das ewige Stillschweigen vom Richter auferlegt wird, der den ungehorsamen Aufgeforderten mit seinen Ansprüchen zur Strafe präkludirt (poena perpetui silentii), also ein Fall der von der Verjährung wohl zu unterscheidenden Verwirkung (Unterholzner Ausführl. Verjährungslehre Bd I §. 1 Note 1) vorhanden ist. Auch zeigt sich in den Wirkungen ein bedeutender Unterschied, da das Auflegen des ewigen Stillschweigens den „Verlust des Klagrechts" in dem Sinn zur Folge hat, daß das Recht, welches der Klage zum Grunde liegt, und zwar nicht bloß das persönliche, sondern selbst das dingliche, verloren geht; vgl. Bayer Theorie der summar. Prozesse 6. Aufl. §. 57 Note 8, Muther in seiner ausführlichen und gründlichen Abhandl. über die Diffamationsklage in den Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd II Nr. II §§. 34—38.

3) Über die Rechtfertigungsgründe dieses Instituts vgl. Unterholzner Ausführl. Verjährungslehre (zweite von Schirmer besorgte Auflage) I §. 27, insbesondere Savigny V S. 267 fg., Puchta Institut. II §. 199. Abgesehen von den irrigen Einführungsgründen und legislativen Motiven dieses Instituts, welche die ältere Doktrin häufig angab (so z. B. die Verminderung der Prozesse wegen l. 2 pr. D. de aqua pluv. 39, 3, wie dieß auch noch im westgal. Gesetzb. III §. 592 geschah, vgl. dagegen auch Schirmer Die Grundidee der Usucapion 1854 §. 1 und Savigny V S. 272), fehlte diese insbesondere darin, daß sie den legislativen Grund mit der juristischen Causa der Verjährung verwechselte, und denselben als leitendes Prinzip hinstellte, aus welchem wichtige Consequenzen abzuleiten versucht wurden, vgl. Noten 4 und 5.

4) Darauf deuten die Ausdrücke hin in l. 2 C. de annal. except. (7, 40) Ut — sit aliqua inter desides et vigilantes differentia —. l. 3 eod. — cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt. Mit Unrecht hat man früher häufig diese s. g. poena negligentiae als den positiven Grund der Klagverjährung angesehen und denselben als leitendes Prinzip aufgestellt, vgl. dagegen Büchel Erörter. I S. 28 fg. 36, Savigny V S. 270. 271.

5) Es erscheint nemlich bei den persönlichen Klagen und insbesondere bei Klagen auf Geldschulden als sehr wahrscheinlich, daß die Schuld des Beklagten bereits vorlängst getilgt sei, da man wohl annehmen kann, daß „der Berechtigte

positives Rechtsinstitut[6], welches zum öffentlichen Wohl[6a] eingeführt und daher juris publici (Bd I §. 9) ist.

Regelmäßig sind alle Klagen der Verjährung unterworfen. Ausgenommen davon sind jedoch nach österreichischem Recht[7] die Klagen auf Beseitigung einer bevorstehenden oder bereits bestehenden und noch fortdauernden Grenzverwirrung (§. 850 fg. a. b. G. B.) und auf Aufhebung einer noch bestehenden Gemeinschaft (die s. g. Theilungsklagen §. 1481 a. b. G. B.)[8]; die Klage auf Nullität einer

---

seine Klage so lange nicht versäumt haben würde, wenn nicht das Recht selbst auf irgend eine, jetzt nur nicht erweisliche Art wirklich aufgehoben worden wäre" (Savigny V S. 268. 269). Mit Unrecht hat man auch diese legislative Erwägung als die juristische Causa der Klagverjährung angesehen und eine rechtliche Vermuthung der Tilgung der Schuld aufgestellt, ja sogar wie z. B. der Cod. civ. a. 2275 (vgl. Zachariä Handb. des französ. Civilr. IV §. 774 a. E., Troplong De la prescription 4. édit. Paris 1857 tom. II p. 563. 564) den Gegenbeweis (durch Eidesdelation) zugelassen; auch das preuß. Landr. (I 9 §. 568. 569) ist in diesen Fehler verfallen.

6) Über die besonders in älterer Zeit so lebhaft besprochene Controverse, ob die Verjährung „im Naturrecht gegründet sei" vgl. oben §. 104 Note 26 (Troplong I p. 4 sq. sucht wieder zu beweisen, que la prescription est du droit naturel).

6a) Cassiodor. Var. V 37 Tricennalis autem humano generi patrona praescriptio; vgl. Savigny V §. 237 Note k. — Der Grund der Einführung der Klagenverjährung besteht lediglich in der Absicht, durch einen dem Beklagten gegen veraltete Rechtsansprüche des Klägers zu gewährenden Schutz einen gesicherten Rechtszustand herbeizuführen; vgl. Büchel Civilr. Erörter. I S. 29 fg.

7) Über die Ausnahmen nach röm. Recht vgl. Savigny V §. 252 Nr. II und III, Arndts Pandekt. §. 106 Anm. 2.

8) Der Grund dieser Ausnahme (vgl. Unterholzner II §. 184) liegt darin, daß die Verjährung überhaupt die rechtliche Fixirung eines faktischen Zustands ist (vgl. Savigny V S. 409), eine solche Fixirung aber bei einer bevorstehenden oder bereits bestehenden Grenzverwirrung als Perpetuation derselben ein Unding, bei einer noch bestehenden Gemeinschaft aber gegen das Prinzip wäre, daß „eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft nicht bestehen kann" (§. 832 a. b. G. B. l. 70 D. pro soc. 17, 2 Nulla societatis in aeternum coitio est l. 14 §. 2 D. comm. divid. 10, 3 l. 5 C. comm. div. 3, 37). Das bürgerl. Gesetzb. leitet die richtige Bestimmung des §. 1481 aus einem unrichtigen Grund ab, indem es dieselbe als eine Consequenz aus „dem Recht, mit seinem Eigenthum frei zu schalten" (§. 1459) hinstellt: dieß ist schon deßhalb unrichtig, weil sowohl die eigentliche Theilungsklage (actio communi dividundo und familiae herciscundae) als die Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum) nicht aus dem Eigenthumsrecht, sondern aus der durch Gemeinschaft oder Nachbarschaft erzeugten Obligatio entspringt und daher ihrem Grund nach eine persönliche Klage ist (vgl. oben §. 114 Note 10); andererseits gibt es aber wohl auch nach österr. Recht einen Fall (l. 6 C. fin. reg 3, 39 vgl. §. 853 a. b. G. B., vgl. Thibaut

Ehe aus öffentlichen Gründen[9] (querela nullitatis juris publici); endlich in gewissen Fällen die Klage auf Löschung eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Rechts[10]. Dagegen sind auch nach österreichischem Recht die Klagen des Fiskus auf rückständige Steuern[11],

---

Besitz und Verjähr. 123. 126, Dabelow Verjähr. II S. 195 Note k Savigny V S. 410, Schirmer in der Note * zu Unterholzner II S. 400), in welchem die Grenzscheidungsklage verjährt. Die in Rede stehende Bestimmung ist wohl deßhalb in das Gesetzbuch aufgenommen worden, weil der §. 1479 a. b. G. B. als allgemein durchgreifende Regel die Verjährbarkeit „aller Rechte gegen einen Dritten" aufstellt (vgl. oben §. 104) und daher zu besorgen stand, daß man die Theilungs- und Grenzscheidungsklage als verjährbar ansehen würde, wie dieß auch in der That in älterer Zeit aus Mißverständniß der l. 1 §. 1 C. de annal. except. (7, 40 vgl. Savigny V S. 279. 410 Note h) öfter geschah (vgl. darüber Unterholzner II §. 481).

9) Vgl. Zeiller IV S. 240 (der aber die Unverjährbarkeit dieser Nullitätsquerel mit Unrecht aus dem §. 1456 a. b. G. B. ableiten will) und Schulte Kathol. Eher. S. 463. Dagegen ist die Nullitätsquerel wegen eines Ehehindernisses juris privati (§. 94 fg. a. b. G. B.) allerdings verjährbar vgl. Zeiller a. a. O., Scheidlein Miscellen V §. 69; a. A. (mit Berufung auf §. 1481 a. b. G. B., die aber unzuläßig ist, da das Recht, die Nichtigkeit einer Ehe geltend zu machen, kein s. g. Personenrecht ist) Dolliner in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. II S. 345, Stubenrauch I S. 319, Pachmann Verjähr. §. 9 Note 5, der jedoch in seinem Kirchenrecht Bd II S. 378 von dem Moment an, wo die Eheleute gerichtlich geschieden sind, die Verjährung der Nullitätsquerel zulassen will: allein §. 1495 a. b. G. B. bezieht sich gar nicht auf Status-, sondern lediglich auf vermögensrechtliche Klagen. Übrigens ist diese ganze Frage von sehr geringer praktischer Bedeutung.

10) So z. B. die Klage auf Löschung der Hypothekarforderung nach abgelaufener Verjährung (vgl. unten §. 122 Note 23) oder nach Bezahlung der Schuld. (Ausdrücklich sagte dieß das westgal. Gesetzb. Thl. III §. 622 — „es steht aber dem Eigenthümer frei, die über den abgeführten Schuldbetrag erhaltene Quittung zu jeder Zeit ordentlich eintragen zu lassen"). Wie sich diese Unverjährbarkeit mit der Anordnung des Hofdekrets vom 29. Aug. 1818 (welches öfters mißverstanden wird, vgl. z. B. den in Nr. 126 der G. Z. 1852 mitgetheilten Rechtsfall, dagegen aber auch die in der G. Z. 1856 Nr. 89 mitgetheilte Entscheidung) in Einklang bringen lasse, darüber das Nähere im besonderen Theil. — Daß das Recht des Eigenthümers, zu jeder Zeit die Löschung der nicht justificirten Pränotation zu erwirken (§. 439 a. b. G. B.), nicht hieher gehöre, versteht sich von selbst, da es sich hier nur um eine Contumacirung des Gegners und um Depurirung des öffentlichen Buchs handelt.

11) Die entgegengesetzte Bestimmung des römischen Rechts (l. 6 C. de praescr. trigint. 7, 39) ist in Deutschland nicht praktisch geworden. — Eine singuläre Ausnahme enthält das Tax- und Stempelpatent vom 9. Febr. 1850 §. 9, wonach (in Übereinstimmung mit dem Pat. v. 27. Jänner 1840 §§. 113. 237) Tax- und Stempelgebühren der Verjährung nicht unterliegen; es ist durchaus unzuläßig, diese Bestimmung als eine Consequenz aus der Vorschrift des §. 1456 a. b. G. B. darzustellen (wie dieß z. B. Winiwarter V S. 157 thut), da unter den „den Hochzeitsrechten entsprechenden Schuldigkeiten" (§. 1456) nur die öffentlich-recht-

die Eigenthumsklage sowie die persönlichen Klagen auf Rückgabe einer Sache [12] der Verjährung unterworfen.

---

liche Verpflichtung überhaupt und im Ganzen, nicht aber die einzelnen fällig gewordenen privatrechtlichen Schuldverbindlichkeiten zu verstehen sind, wie Zeiller IV S. 236, Pachmann Verjähr. §. 17 Note 11 und Ellinger ad §. 1480 mit Unrecht annehmen (auch §. 619 Thl III des westgal. Gesetzb. läßt sich für die hier bekämpfte Ansicht nicht erfolgreich anführen): die einzelnen fiskalischen Forderungen (z. B. Steuerforderungen) verjähren aber allerdings nicht schon in drei, sondern erst in dreißig Jahren, da §. 1480 a. b. G. B. auf sie keine Anwendung leidet; vgl. Stubenrauch III S. 733.

12) Manche ältere gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Kori Verjähr. §§. 92. 93) stellten die Behauptung auf, die sich auch bei manchen österr. Schriftstellern (z. B. Winiwarter Mater. VIII S. 97 Comment. V S. 160. 161. 213, Pachmann Verjähr. §. 9 Note 14, Nippel IX S. 76) findet, daß die Eigenthumsklage, ferner die auf Rückforderung der hingegebenen Sache in specie gerichteten persönlichen Klagen unverjährbar seien (vgl. oben §. 104 Note 67), da das Eigenthumsrecht nur durch Ersitzung, nicht auch durch Extinktivverjährung verloren gehe, und da das (dingliche oder persönliche) Rückforderungsrecht aus dem Recht „mit seinem Eigenthum frei zu schalten" (§. 1459 a. b. G. B.) entspringe. Daß diese Ansicht unrichtig sei, und ebenso den Bestimmungen des österr. wie des röm. Rechts widerspreche, liegt auf der Hand. Was zunächst die Eigenthumsklage betrifft (cf. l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39), so ist zu erwägen, daß zwar nicht das Eigenthumsrecht, wohl aber die Eigenthumsklage durch längeren „Nichtgebrauch" untergehen kann (oben S. 273), und daß ein Verlust der Eigenthumsklage ohne Ersitzung des Eigenthumsrechts auf Seiten des Besitzers allerdings denkbar ist. Jene irrige Ansicht war die Folge des Umstands, daß man in ungerechtfertigter Weise die allgemeine Regel aufstellte, daß nach römischem oder doch nach heutigem resp. österr. Recht die Verjährung der Klage den Verlust des Rechts nach sich ziehe (vgl. unten §. 122 Note 4), und nunmehr über der s. g. Rechtsverjährung die Klagenverjährung ganz ignorirte, ja sogar eine selbständige Klagenverjährung wohl auch ganz und gar leugnete (wie z. B. Kori §. 86). Was ferner die persönlichen Rückforderungsklagen anbetrifft (cf. l. 3 C. h. t. 7. 39), so darf man wohl fragen, ob denn diese Klagen (wie z. B. Winiwarter, Nippel und Stubenrauch III S. 159. 172, vgl. jedoch auch daselbst S. 731, meinen) wirklich aus „dem Recht, mit seinem Eigenthum frei zu schalten" entspringen, oder ob sie nicht vielmehr aus den betreffenden Obligationen entspringen, ob etwa nicht auch derjenige, der eine fremde Sache deponirt oder commodirt, die betreffende Contraktsklage habe? cf. l. 15. 16 D. commod. 13, 6 Commodare possumus etiam alienam rem — ita ut si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem l. 1 §. 39 D. depositi 16, 3). Jene Ansicht beruht auf einer gänzlichen Verkennung des Grundes, aus dem die Klagen entspringen, auf einem völligen Ignoriren der Verschiedenheit der causa petendi (oben §. 114). Und als ob nicht auch das dingliche oder persönliche Rückforderungsrecht ein „Recht gegen einen Dritten" (§. 1479 a. b. G. B.) wäre! Interessant bleibt jedenfalls die Wahrnehmung, wie diese Schriftsteller, welche doch von der dem römischen Recht ganz fremden Regel, daß alle Rechte verjährbar seien, ausgehen, dahin gelangen, Fälle von der Verjährung auszuschließen, welche recht eigentlich die Verjährungsfälle des römischen Rechts bilden. Übrigens hat es in der älteren Doktrin niemals an Schriftstellern gefehlt, welche (wie Kori S. 57 Note 427 sich

26 *

β. Erfordernisse der Klagenverjährung.

§. 120. Die Erfordernisse der Klagenverjährung sind nach österreichischem Recht Nichtanstellung der Klage und Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb deren diese Nichtanstellung stattfindet; dagegen ist passender Weise nach österreichischem Recht (§. 1493 a. b. G. B.) ebenso wie nach römischem Recht (l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39) die bona fides desjenigen, dem die Klagverjährung zum Vortheil gereicht, kein Erforderniß derselben[1]. Das erste Erforderniß bietet für die Betrachtung nichts Besonderes dar, wohl aber das zweite, indem es sich in Ansehung der Verjährungszeit um die Bestimmung von Anfang und Ende der Verjährung handelt.

---

ausdrückt) „sich nicht scheuten, die rei vindicatio als Klage der erlöschenden Verjährung zu unterwerfen" z. B. Rave de praescr. §. 90, Dabelow Verjähr. II S. 195 Note k, Thibaut Besitz und Verjähr. §§. 42. 45, Höpfner Comment. §. 1184 (der ausdrücklich vor der Verwechslung des Verlusts der Eigenthumsklage mit dem Verlust des Eigenthumsrechts durch Ersitzung warnt, eine Verwechslung, welche sofort wieder der Wiener Heineccius I §. 1265 machte), ja dieß war immer die herrschende Meinung, wenn sie gleich wegen der durch das canonische Recht für die Klagenverjährung vorgeschriebenen bona fides (vgl. folg. §. Note 1) ziemlich unpraktisch war (vgl. Puchta Pandekt. §. 90, Wächter II §. 119 Note 6). Mit seiner Meinung aber, daß die persönlichen Klagen auf Rückgabe einer Sache in specie unverjährbar seien, steht Kori, so viel ich weiß, in der gemeinrechtlichen Literatur vollends allein da.

1) Über die Regel des canonischen Rechts, wonach die Klagverjährung durch den guten Glauben des Präscribenten bedingt ist und über den Umfang dieser Neuerung (c. 5 X de praescr. 2, 26 c. 20 eod. vgl. über die Entstehung dieser Dekretalen Hildenbrand im civil. Arch. Bd XXXVI Nr. 2) vgl. Möllenthiel Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820) §. 19 fg., Unterholzner I §. 92, Savigny V §§. 244—246, Hildenbrand S. 27 fg., Arndts §. 109. Die Neuerung des canonischen Rechts ist wohl unpassend, da die juristische Causa der Klagverjährung die Versäumniß des Klagberechtigten ist (vgl. Savigny V S. 340. 347), und die Befreiung des Verpflichteten nur die Folge des Verlusts der Klage auf Seite des Berechtigten ist (oben §. 104), also nur folgeweise eintritt (in consequentiam venit). In gleicher Weise wie das österr. Recht ist das französische (Cod. civ. a. 2262, cf. Troplong II p. 386 sq.) zum Grundsatz des röm. Rechts zurückgekehrt, ebenso das großherz. hessische Gesetz vom 19. März 1853 über die Verjährung der persönlichen Klagen, vgl. W. Müller Comment. über dieses Gesetz 1854 S. 32 fg. 176 fg. (über das preußische Recht A. L. R. I 9 §. 502 vgl. §§. 568. 569 herrscht in dieser Beziehung Streit vgl. Savigny V S. 346 fg., Koch Preuß. Privatr. I §. 178). Es versteht sich übrigens von selbst, daß auch nach österr. Recht, wenn der Schuldner durch unredliche Handlungen (dolose) den Ablauf der Verjährung herbeiführt, zwar die Klage des Gläubigers durch diesen Ablauf verloren geht, der vorige Gläubiger aber vollständige Entschädigung fordern kann cf. l. 1 §. 6 D. de dolo (4, 3) Savigny S. 342.

I. Die **Verjährung** beginnt, dafern nicht besondere Hindernisse im Wege stehen (folg. § Nr. I), sobald die rechtliche Möglichkeit zu klagen vorhanden ist: actioni nondum natae non praescribitur [2]. Wer noch nicht reden darf, dem kann das Schweigen nicht zum Nachtheil gereichen; wem noch die rechtliche Möglichkeit zu klagen fehlt, dem kann die Nichtanstellung der Klage nicht als Versäumniß angerechnet werden. Die Verjährung beginnt sonach mit der Nativität der Klage (§. 1478 a. b. G. B. — „der bloße Nichtgebrauch eines Rechts, das **an sich** hätte ausgeübt werden können" l. 1 §. 1 C. de annal. except. 7, 40 — ex quo ab initio actio competit et semel nata est l. 3 C. de praescr. XXX 7, 39 — actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeat facultatem. l. 30 C. de J. D. 5, 12 — ex quo possunt actiones movere). Die zahlreichen Controversen über den Anfang der Klagenverjährung sind nichts anderes als Streitfragen über die Nativität der einzelnen Klagen und daher in der §. 116 angegebenen Weise zu lösen [3]. Für den Beginn der Klagen-

---

2) Viel zu weit geht **Winiwarter** Comment. V S. 205, wenn er, **Savigny**'s Ansicht über die Nativität der Klagen (vgl. §. 116 Note 4) für das österr. Recht verwerfend, die Behauptung aufstellt, der Satz actioni nondum natae non praescribitur gelte nach österr. Recht nicht: als ob es die Eigenthümlichkeit eines bestimmten Rechts wäre, daß das noch nicht Vorhandene nicht versäumt werden, und daher auch durch Versäumniß nicht verloren gehen könne!

3) Es beginnt daher die Verjährung der Klage aus einem bedingten oder (zu Gunsten des Schuldners) betagten Recht erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunkts l. 7 §. 4 C. h. t. 7, 39 (vgl. §. 116 Note 12. 12a). Die Verjährung der Klage aus einem unverzinslichen Darlehen auf unbestimmte Zeit, aus einem Depositum u. s. w. beginnt sofort mit der Hingabe der res, §. 116 Note 11, vgl. auch **Windscheid** Die Actio S. 45, **Schirmer** in der Note 738 zu **Unterholzner** Bd II §. 260. (Die entgegengesetzte Ansicht **Kierulff**'s und **Savigny**'s, wonach die Verjährung in diesen Fällen erst mit der Rückforderung des Gläubigers beginnen soll, ist in das hess. Ges. Art. 8 vgl. **Müller** S. 61fg. aber freilich mit einer Modifikation übergegangen, welche ihr die in praktischer Beziehung bedenkliche Spitze abzubrechen geeignet ist. Die Frage, von welchem Augenblick an ein unbetagtes Darlehen verjähre, wurde schon früher viel besprochen; so lehrte **Höpfner** Comm. §. 1182, daß die Darlehensklage erst von der Zeit an verjähre, wo der Gläubiger das Darlehen zurückfordere; derselben Ansicht war wohl auch **Thibaut**, da er von der Ansicht ausging, daß bei persönlichen Klagen eine widerrechtliche Anmaßung, also die s. g. Rechtsverletzung der Neueren, die Bedingung ihrer Verjährbarkeit sei, Besitz §. 43; vgl. aber gegen diese Ansicht schon **Weber** in der Note 3 zu **Höpfner** l. c.) Aber auch bei einem verzinslichen unbetagten Darlehen fängt die Verjährung der condictio

verjährung ist somit lediglich darauf zu sehen, wann die actio nata ist: die Verjährung beginnt nicht früher, in der Regel nicht später. Nicht früher: sollte es auch in der Macht des eventuell Klagberechtigten stehen, die Klage zur concreten Existenz zu bringen, so beginnt dennoch die Verjährung nicht eher, als bis diese Verwandlung des eventuellen Klagerechts in ein actuelles geschehen, also das concrete Klagrecht wirklich vorhanden ist. Das früher häufig[4] aufgestellte Dogma: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties na-

---

ex mutuo sofort mit der Hingabe des Geldes an, doch wird sie durch jede Zinszahlung unterbrochen, indem hierin eine Anerkennung der Hauptschuld liegt (Bd I §. 66 Nr. IV, vgl. folg. § Note 21), sie läuft daher aber auch wieder von der letzten postnumerando geschehenen Zinszahlung an (ex quo debitor usuras minime persolvit l. 8 §. 4 C. h. t. vgl. insbesondere Demelius Unters. I S. 170 fg., dem auch Schirmer in der Note** zu Unterholzner II S. 308 beistimmt), also nicht etwa erst von dem Tag an, wo zuerst die nächste fällige Zinszahlung ausblieb (wie Savigny V S. 306 fg. annimmt, dem Manche z. B. Wächter II §. 118 Note 16, Vangerow in der 6. Aufl. der Pandekt. I S. 225, Heimbach S. 648. 649, Müller S. 59 u. A. folgen); ist eine Zinszahlung praenumerando geschehen, so liegt hierin ein stillschweigendes pactum de non petendo intra tempus (oben §. 85 Note 10) und die Verjährung der Capitalschuld kann natürlich erst mit Ablauf der Zeit, für welche die Zinsen vorausbezahlt wurden, beginnen. Ist das verzinsliche Darlehen (zu Gunsten des Schuldners) betagt, so beginnt die Verjährung, auch wenn die Zinszahlungen ausbleiben, erst mit dem bestimmten Zeitpunkt, da früher das Capital nicht zurückgefordert werden kann, also actio nicht nata ist; vgl. Savigny S. 308. — Aus dem gleichen Grund beginnt die Verjährung der Klage aus dem pactum de retrovendendo, resp. des Rechts, die verkaufte Sache wieder einzulösen (§. 1068 fg. a. b. G. B.), sofort mit der Hingabe der verkauften Sache, da nach österr. Recht in diesem Moment actio nata ist, §. 116 Note 11. (Auch diese Frage wurde schon in früherer Zeit viel besprochen, vgl. die verschiedenen Ansichten bei Glück Bd XVI §. 998, ferner Thibaut Besitz S. 124, dessen Ansicht, daß die Klage erst von der Erklärung des Verkäufers, rückkaufen zu wollen, zu verjähren beginne, Dabelow II S. 243 fg. beistimmt, dagegen aber schon Höpfner §. 873 Note 4 und Weber in der angef. Note; vgl. auch Mraczek S. 57 fg.) Deßhalb verjährt ferner die Klage auf Gewährleistung wegen rechtlicher Mängel erst von der geschehenen Eviktion, die Klage aus §. 1072 fg. a. b. G. B. erst von der vertragswidrigen Veräußerung an, u. s. f.

4) So z. B. nach Unterholzner II §. 260 und Keri Verjähr. §. 45 Nr. 1 und die bei diesen Schriftstellern und bei Thon in der §. 116 Note 1 angef. Abh. S. 2 Note 2 Angeführten; vgl. gegen diese den Quellen widerstreitende Regel (l. 9 §. 3 D. de act. pign. 13, 7 l. 7 §. 4 C. h. t. 7, 39 l. 30 C. de J. D. 5, 12 l. 19 pr. D. quemadm. serv. 8, 6) schon Thibaut Pandekt. §. 1057 und insbes. Thon in der §. 116 Note 1 angef. Abhandl. S. 2 fg., der das Verdienst hat, jene vermeintliche Regel für immer beseitigt zu haben, ferner Savigny V S. 282. 283, Vangerow I S. 249; h. z. T. wird dieselbe einstimmig verworfen vgl. Schirmer in der Note 738 zu Unterholzner II §. 260.

tivitas est in potestate creditoris ist nach österreichischem[4a] wie nach gemeinem Recht theils falsch[5] theils überflüssig[6]. — In der Regel

---

4a) Vgl. auch Pachmann Verjähr. §. 10 Note 5.

5) So beginnt z. B. die Verjährung eines unter einer Potestativbedingung (oben S. 63) stehenden Anspruchs erst von der Erfüllung der Bedingung an (l. 7 §. 4 C. h. t 7, 39), wenngleich dieselbe ganz und gar im Belieben des Berechtigten steht. (Daß die l. 174 pr. D. de R. J. Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur hier ebenso wenig anwendbar sei, als die l. 161 D. de R. J., vgl. oben S. 167, wird h. z. T. allgemein anerkannt, vgl. insbes. Thon S. 11 fg.) Daraus erklärt sich denn auch die Bestimmung des §. 1483 a. b. G. B., daß „das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, unverjährt bleibt": so lange die Schuld nicht getilgt ist, ist die Klage auf Rückgabe des Pfandes nicht nata §. 1369 a. b. G. B. l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 (vgl. §. 116 Note 13), und kann daher nicht zu verjähren beginnen. (Von diesem Moment an beginnt aber allerdings der Lauf der Verjährung, und die actio pigneratitia directa, die persönliche Pfandklage, verjährt von der Tilgung der Schuld an gleich allen anderen Klagen in dreißig Jahren; auch dieß hat man früher, z. B. Kori §. 92 S. 171, mit Unrecht geleugnet und eine absolute Unverjährbarkeit der persönlichen Pfandklage behauptet: für das österr. Recht ergibt sich die richtige Behandlung auch schon aus dem Ausdruck „einlösen" im §. 1483 a. b. G. B.; vgl. auch Scheidlein Miscell. V S. 108, Stubenrauch III S. 741.) Über die Verjährbarkeit resp. Unverjährbarkeit der Einlösung verpfändeter Sachen hat schon von den Glossatoren an (cf. Dissensiones Dominorum ed. Haenel p. 27, 28. 195. 477 sq.) lebhafter Streit geherrscht, vgl. Glück Bd XIV S. 169 fg., Savigny V S. 302 fg. Die unrichtige Ansicht, wonach das Einlösungsrecht sofort mit der Hingabe des Pfandes beginnen soll, hat man mit jener falschen Regel motiviren wollen, daß dem Schuldner kein „rechtliches" Hinderniß im Wege stehe, die Pfandsache sofort einzulösen, also die Nativität der Klage in seiner Macht stehe (so z. B. Mraczek S. 32 fg., Unterholzner II §. 264). Aber auch die richtige Ansicht hat man häufig unrichtig motivirt, indem man behauptete, daß das Recht die Sache einzulösen eine res merae facultatis und deßhalb unverjährbar sei (so insbes. auch manche österr. Schriftsteller vgl. §. 104 Note 65): allein es handelt sich hier nicht um das s. g. Recht, seine Schuld zu bezahlen, denn dieses angebliche Recht ist freilich unverjährbar, sondern um das Recht, die Pfandsache zurückzufordern, und dieses Recht ist so wenig eine s. g. res merae facultatis (vgl. Bd I §. 58) als das Recht, die geliehene Sache zurückzufordern, ganz abgesehen davon, daß diese Ansicht consequent zu der (falschen) Behauptung führen müßte, daß die persönliche Pfandklage selbst nach getilgter Schuld niemals verjähren würde. Die richtige Ansicht mit der richtigen Motivirung findet sich schon bei Thibaut Besitz und Verjähr. S. 123 Pandekt. §. 1020, Dabelow II §. 167, Glück S. 172 fg., und bei allen neueren Schriftstellern vgl. Thon S. 16. 20 fg., Demelius I S. 192 fg., Schirmer in der Note 747, Heimbach S. 645. —

6) So ist sie überflüssig, um die Entscheidung zu rechtfertigen, daß die Klage aus einem unbetagten Darlehen, Depositum, Precarium, Commodat sofort mit der Hingabe der Sache zu verjähren beginne (Note 3), oder daß die Verjährung der hereditatis petitio vom Erbanfall (nicht erst vom Erbantritt) an laufe (vgl. Unterholzner II §. 167); sie ist ferner überflüssig, um die Entscheidung zu rechtfertigen, daß ein „auf Kündigung" stehendes Darlehen sofort mit der Hingabe des

auch nicht später: ist die actio semel nata, so beginnt ihre Verjährung sofort, mag sich auch der Beklagte immerhin durch Einreden schützen können[7]; stehen jedoch der Klage dilatorische Einreden ent-

Geldes zu verjähren beginne (wie Kori Verjähr. S. 73 und Unterholzner II S. 305. 306 meinen), da hier die actio schon von jenem Augenblicke an nata ist (oben §. 116 Note 13). Von praktischer Bedeutung wäre jene Regel, wenn sie richtig wäre, für den Fall einer auf Kündigung mit Frist (z. B. gegen vieteljährige Kündigung) stehenden Forderung, welche hiernach vom Augenblick der Contrahirung der Schuld (etwa mit Hinzurechnung jener Kündigungsfrist zur gesetzlichen Verjährungsfrist) zu verjähren beginnen müßte, während man vom rein theoretischen Standpunkt aus vielmehr behaupten muß, daß diese Forderung erst mit Ablauf jener Frist (z. B. der drei Monate) nach erfolgter Kündigung zu verjähren beginne, da die Forderung erst in diesem Monat fällig, also actio nata wird (vgl. oben §. 116, Note 13, ferner Thon S. 3 fg., Lenz S. 252 fg., Vangerow im Arch. S. 342 Pandekt. I S. 254, Demelius I S. 177.) Freilich aber läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht, da hiernach ein solches nicht gekündigtes Darlehen noch nach hundert und mehr Jahren wirksam zurückgefordert werden könnte; ja man müßte consequent annehmen, daß ein verzinsliches Darlehen, welches „auf Kündigung mit Frist" (z. B. drei Monate nach Kündigung rückzahlbar) gegeben würde, selbst wenn der Schuldner noch so lange keine Zinsen gezahlt hätte, erst drei Monate nach der vielleicht erst nach fünfzig Jahren erfolgenden Kündigung zu verjähren beginnen könne (vgl. Thon S. 29 fg.), da man doch sicher nicht berechtigt ist, ohne spezielle gesetzliche Bestimmung (wie sich eine solche z. B. in Art. 3 des hess. Ges. findet) in Fall der Unterlassung der Zinszahlungen eine Kündigung des Gläubigers zu fingiren. (Savigny S. 308, dem Wächter II §. 118 Note 15 beistimmt, kommt vom Standpunkt seiner Verletzungstheorie aus in diesem letzteren Fall dadurch zu einem praktisch befriedigenderen Resultat, daß er in dem Ausbleiben der Zinszahlung zugleich eine Verletzung der Capitalforderung sieht, S. 306: aber dieß ist nicht nur „bedenklich", vgl. Demelius S. 172, sondern gewiß unrichtig, da zwar in der Bezahlung von Zinsen eine Anerkennung der Hauptschuld, nicht aber auch umgekehrt in dem Nichtzahlen von Zinsen ohne weiteres eine Nichtanerkennung der Hauptschuld liegt, indem das Nebenrecht nicht ohne Hauptrecht, wohl aber das Hauptrecht ohne Nebenrecht bestehen kann, vgl. Bd I §. 66.) In der österr. Praxis herrscht, so viel ich weiß, die Ansicht, daß auch ein verzinsliches gegen Kündigung mit Frist gegebenes Darlehen sofort von der Contrahirung der Schuld an zu verjähren beginne. Allein es wird wohl schwer halten, diese allerdings zweckmäßige Bestimmung, deren Einführung im legislativen Weg zu wünschen ist, für das bestehende Recht zu rechtfertigen: was man bei uns gewöhnlich dafür anführt (so z. B. Winiwarter Comment. V. S. 206 Note 1, dem Stubenrauch III S. 730 Note** beistimmt), nemlich daß das „Recht aufzukünden" selbst der Verjährung der §§. 1478. 1479 a. b. G. B. unterworfen sei, ist sicher ganz unhaltbar; denn das Kündigendürfen ist kein concretes „für sich bestehendes" Privatrecht, und wäre es dieß, so wäre es doch sicher ein „Recht des Menschen über seine eignen Handlungen" (§. 1459), also eine res merae facultatis (Bd I §. 58 a. E.; dafür sieht es z. B. auch Turnes im Jurist. Bd IV S. 52 fg. an), und daher vielmehr gerade unverjährbar (§. 1481 a. b. G. B.; vgl. oben §. 104).

7) Es beginnt daher die Verjährung der Klagen aus dem Kaufgeschäft nicht

gegen, welche zu beseitigen nicht in der Macht des Klagberechtigten liegt, dann ist es dem Effekt nach so, als hätte er das Klagerecht noch gar nicht, da dieses insolange als rechtlich suspendirt erscheint: solche dilatorische Einreden schiebenden Klageanspruch (unten §. 125 Nr. III 1) und hiemit den Beginn der Verjährung der an sich bereits vorhandenen Klage hinaus[7a], ebenso wie sie später entstanden den Lauf der

---

etwa erst, nachdem sich der jetzige Kläger seinerseits zur Leistung erboten hat (wie noch Thibaut Pandekt. 8. Aufl. I §. 1020, 9. Aufl. I §. 266 behauptet), sondern sofort mit Abschluß des Geschäfts, obgleich sich der Beklagte mit der exceptio non adimpleti contractus (§§. 1052. 1062 a. b. G. B. l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19, 1 vgl. unten §. 123 Anm. 1) gegen die unbedingte Realisirung jenes Anspruchs schützen kann, vgl. Savigny V S. 289, Kierulff I S. 193. 197, Thon S. 3 Anm. 3, Vangerow Pandekt. I S. 253 Nr. 2, Brinz I S. 167. (Unterholzner II S. 303. 304 führt auch hier wieder die richtige Entscheidung auf die unrichtige Regel toties praescribitur etc. zurück.) Überhaupt wird durch s. g. Retentionseinreden (unten §. 125 Note 17) der Verjährungsbeginn umsoweniger gehindert, als diese Einreden nur die Vollziehung des Urtheils, nicht die Verurtheilung selbst aufschieben (unten §. 125 Noten 19. 20). Ebensowenig steht dem sofortigen Beginn der Klagverjährung eine dem Beklagten zu Gebot stehende Excussionseinrede entgegen (vgl. insbes. Thon S. 4 Anm. 4 gegen die unrichtige Ansicht Kori's Verjähr. §. 45 und gegen die unrichtige Motivirung der richtigen Ansicht bei Unterholzner II §. 249 S. 273); doch ist dieß für das österr. Recht unpraktisch, da die exceptio excussionis personalis dem dritten Pfandbesitzer nach österr. Recht (vgl. §. 466 a. b. G. B. und unten §. 125 Note 16; über das röm. Recht vgl. Arndts §. 378) gar nicht zusteht, die Haftung des Bürgen aber, dem nach gemeinem Recht (vgl. Arndts §. 355) das beneficium excussionis sive ordinis zu Gebote steht, nach österr. Recht nur eine subsidiäre ist (§. 1346 a. b. G. B.), die Klage gegen den Bürgen also in der Regel (§§. 1355. 1356) durch vorläufige Einmahnung des Hauptschuldners bedingt ist (vgl. unten §. 123 Anm. 2). Ebensowenig wird durch die Möglichkeit der Einwendung des beneficium competentiae (§. 1354 a. b. G. B.) die sofortige Nativität der Klage gehindert; nur wird in diesem Fall, wenn die Exekution wegen jener Einwendung ganz oder theilweise sistirt wurde, der Lauf der Verjährung der Judikatsklage (actio judicati) gehemmt, bis der Schuldner in bessere Vermögensumstände kommt (vgl. Wächter §. 118 Note 11). Ebensowenig steht endlich eine peremtorische Einrede dem Beginn der Klagenverjährung entgegen, was in jenen Fällen praktisch wichtig werden kann, in welchen die peremtorische Einrede selbst der Verjährung unterworfen ist (unten §. 125 Nr. VI).

7a) So beginnt die Verjährung der Eigenthumsklage nicht vor der Beendigung des dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnisses, aus welchem der Beklagte eine Exceptio (s. die Stellen oben §. 116 Note 15) ableiten kann cf. l. 7 §. 6 C. h. t. 7, 39; die l. 2 eod. spricht von der Ersitzung vgl. Demelius S. 111 Note 2. (Mit diesem Moment beginnt aber auch die Verjährung der Eigenthumsklage: es ist wohl unrichtig, wenn Kierulff I S. 198 Note* und Savigny V S. 284 [285 behaupten, daß die Eigenthumsklage so lange nicht nata sei und zu verjähren beginne, „so lange der Miether u. s. w. im Namen des Eigenthümers besitze, also dessen Recht auf irgend eine Weise anerkenne"; diese Behauptung beruht

bereits begonnenen Verjährung auf die Zeit ihres Bestehens sistiren (folg. § Nr. I 3). — Was insbesondere die Klagen auf terminweise Prästationen betrifft[8], diese mögen zum Inhalt eines umfassenden Obligationsverhältnisses gehören (wie z. B. einzelne Pachtgelder[8a]),

auf einer unrichtigen Ansicht, sowohl über die Voraussetzungen der Nativität der Klage, als über das Wesen der Rechtsverletzung, oben §. 109 Note 7a. Daher beginnt aber auch die Verjährung der Vindikationsklage gegen den Prekaristen, gleich der persönlichen Klage, sofort mit der Hingabe des Prekariums, da dem Prekaristen keine Exceptio zum Schutz dient cf. l. 12 D. de prec. 43, 26.) Ebenso steht das sofort abgeschlossene pactum de non petendo intra tempus dem Beginn der Klagverjährung im Weg (cf. l. 7 §. 4 C. h. t. 7, 39). In diesen Fällen also beginnt die Klagverjährung nicht, obgleich bereits actio nata ist: durch jene Hindernisse wird nicht die Nativität der Klage, sondern nur der Beginn der Klagverjährung hinausgeschoben. Daß diesen Hindernissen diese Wirkung beigelegt wird, erklärt sich daraus, daß es dem Klagberechtigten nicht imputirt werden kann, wenn er in dieser Zeit nicht klagt, wo seine Klage keinen Erfolg haben kann; ist das Stillschweigen des Klägers die juristische Causa der Klagverjährung, so kann das rechtlich nothwendige Schweigen dem Kläger nicht schaden: es kommt also im Grund die Regel agere non valenti non currit praescriptio (folg. § I. 3) auch für den Beginn der Klagverjährung zur Anwendung, und die Verschiedenheit des Einflusses der dilatorischen Einreden in dieser Beziehung kommt zuletzt darauf hinaus, daß es bald in der Macht des Klägers steht, die Hindernisse der Klage zu beseitigen (Note 7), bald nicht (Note 7a); vgl. Vangerow Pandekt. I S. 252 Nr. 3, Brinz I S. 167, der aber mit Unrecht meint, daß man „was den Grund dieser Verschiedenheit in den einzelnen Fällen anlange, hier wenigstens so ziemlich auf den sonst verworfenen Satz toties praescribitur u. s. f. hinauskomme", während es sich hier doch gar nicht um die Nativität der Klage, sondern nur um den Beginn der Klagverjährung handelt, jener durchaus unrichtige Satz also auch hier nicht zur Anwendung kommt. Unbefriedigend ist m. E. die Argumentation Savigny's V S. 290, daß „keine Exceptio das Dasein des Klagrechts und die Möglichkeit es auszuüben oder zu versäumen ausschließe; schon deßwegen nicht, weil es ganz ungewiß sei, ob die Exceptio vorgebracht werden und ob ihr der Richter Erfolg geben werde, am wenigsten aber eine Exception, die einen ganz dilatorischen Charakter habe und nie zur gänzlichen Freisprechung des Beklagten führe, so daß also in jedem Fall die Klage wenigstens mit dem Erfolg sicher angestellt werden könne, daß dadurch die Verjährung unterbrochen werde"; so richtig der erste Satz ist (oben §. 116 Note 2), so unrichtig sind wohl die folgenden Bemerkungen: wären sie wahr, so müßte man consequent behaupten, daß auch ein späterer Stundungsvertrag die Klagverjährung nicht sistire, da doch auch hier die Vertheidigung des Beklagten den Charakter einer dilatorischen Exceptio hat, und man auch hier sagen könnte, daß die Klage „wenigstens mit dem Erfolg sicher angestellt werden könne, daß dadurch die Verjährung unterbrochen werde"; dieß behauptet aber natürlich auch Savigny V S. 409 nicht, der hienach, wie mir scheint, mit sich selbst im Widerspruch ist.

8) Vgl. insbes. Savigny S. 305 fg., dem Heimbach S. 647 fg. fast wörtlich folgt, und Demelius S. 198 fg.

8a) Es handelt sich hier nur um die actio locati auf die einzelnen Mieth- und

oder den alleinigen Inhalt einer Obligatio, sei es nun einer selbständigen (z. B. das Legat sämmtlicher Renten, legatum annuum, §. 687 a. b. G. B.) oder einer accessorischen Obligatio (z. B. Darleihenszinsen) bilden, oder den Inhalt eines Rechts auf Reallasten (Bd I §. 64) ausmachen, so verjährt die Klage auf jede einzelne Leistung (Rate, Hebung) von Zeitpunkt ihrer Fälligkeit an[9] (§. 1480 a. b. G. B. l. 7 §. 6 C. h. t. 7, 39): das Recht auf die Prästationen in seiner Totalität, und zwar sowohl das dingliche Recht (die Reallast)[9a] als das persönliche Recht[10] auf alle künftigen Leistungen im Allgemeinen

---

Pachtgelder, nicht um die actio locati auf Rückgabe der vermietheten oder verpachteten Sache nach beendetem Bestand (§. 1109 a. b. G. B.): diese ist natürlich erst nach Beendigung des obligatorischen Verhältnisses nata und kann erst in diesem Moment zu verjähren beginnen; vgl. Savigny V S. 309. 310, Demelius S. 199. 200. — Savigny V S. 310, dem auch hierin Heimbach S. 649 beistimmt, behauptet, daß wenn auch der Mieth- oder Pachtvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wurde, dennoch die Verjährung der actio locati auf Rückgabe der Sache von dem Zeitpunkt des zweijährigen Ausbleibens der Zahlung der Pachtgelder an beginne, da der Verpächter in diesem Zeitpunkt den Pächter entsetzen dürfe (l. 54 §. 1 l. 56 D. loc. 19, 2 l. 3 C. eod. 4, 65 vgl. §. 1118 a. b. G. B.): allein, wie ich glaube, mit Unrecht, da es im Belieben des Verpächters steht, den Pächter zu entsetzen oder nicht, und die actio locati erst dann begründet ist, wenn der Verpächter das Bestandverhältniß wirklich aufgelöst hat, die Nichtauflösung desselben aber nicht als ein Versäumniß in der Anstellung der actio locati auf Rückgabe der Sache angesehen werden kann, da diese erst mit der vertragsmäßigen oder vom Pächter früher herbeigeführten wirklichen Beendigung des Bestandverhältnisses nata wird. Jene Entscheidung wäre ein Rückfall in die verworfene Regel toties praescribitur etc.

9) Über die Modifikation, welche bei Zinsrückständen eintritt, wenn die Klage auf die Capitalschuld selbst verjährt ist, vgl. unten §. 122 Note 7.

9a) Daß das Recht auf die Reallast in seiner Totalität durch dreißigjähriges Ausbleiben der terminweisen Hebungen untergeht (§. 1480 a. b. G. B. oben S. 274), ist aber nicht ein Fall der Klagverjährung, sondern ein Fall des Untergangs der Rechte durch Nichtgebrauch (non utendo), das ist durch Nichtgeltendmachung des materiellen Rechtsstoffs (S. 275).

10) Dieß ist auch gemeinrechtlich die herrschende Ansicht vgl. z. B. Unterholzner II S. 306, Savigny V S. 312 Nr. 3, Puchta Vorles. zu §. 81, Arndts §. 107 a. E. Allein Demelius I S. 200 fg. hat mit Grund diese Ansicht als irrig bekämpft, indem er darauf aufmerksam macht, daß das den einzelnen Prästationen zu Grunde liegende „Recht im Allgemeinen" oft gar nicht existire und daher auch nicht in einer besondern Klage seinen Ausdruck finde, weßhalb nur die Klagen auf die einzelnen Leistungen der Verjährung unterworfen sein können (vgl. auch Schirmer in der Note 740). Jene Ansicht ist, wie Demelius S. 201 Note 17 mit Recht bemerkt, wohl aus einer ungerechtfertigten Übertragung dessen, was für die deutschrechtlichen Reallasten gilt, auf Obligationen, und aus der älteren verkehrten Annahme eines allgemeinen Untergangs der Rechte durch

beginnt vom Augenblick der letzten Zinszahlung [11] an zu verjähren, §. 1480 a. b. G. B.

II. Die Dauer der Verjährungszeit ist regelmäßig, wie nach römischem Recht (l. 3 C. h. t. 7, 39), ein Zeitraum von dreißig Jahren (§§. 1479. 1486 a. b. G. B. s. g. ordentliche Verjährungszeit). Von dieser Regel gibt es zahlreiche Ausnahmen, indem manche Klagen erst in späterer, manche schon in kürzerer Frist (s. g. außerordentliche, längere oder kürzere, Verjährungszeit) verjähren [12]. Die letzteren Ausnahmen (§. 1480 fg. a. b. G. B.) lassen sich nicht auf ein allgemeines Prinzip zurückführen, und sind daher im System bei den betreffenden Materien darzustellen. Was aber die längere Verjährungszeit von vierzig Jahren [12a] betrifft, so kommt dieselbe allen jenen Klagen „des Fiskus, der Kirchen, Gemeinden und anderer erlaubten Körper", das ist der öffentlichen Corporationen (im Unterschied von den Privatcorporationen [13]) und der Stiftungen (Bd I §. 44 Note 21) zu Gute (§. 1485 a. b. G. B.), welche sonst schon in dreißig Jahren verjähren würden [14], und dieß zwar auch in dem

Nichtgebrauch hervorgegangen. Nach österr. Recht kann es wohl nicht bezweifelt werden, daß auch das persönliche Recht durch dreißigjähriges Ausbleiben der einzelnen Leistungen „in seiner Totalität" verjähre, vgl. auch Demelius Note 21.

11) Also auch hier beginnt die Verjährung nicht erst vom Ausbleiben der nächsten fälligen Leistung, aber auch nicht erst von der Zeit an, „wo das Recht selbst im Ganzen widersprochen worden ist und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlassen hat" (wie Savigny V S. 312, Arndts §. 107 u. A. behaupten, vgl. dagegen auch Demelius S. 202. 203).

12) Über die Ausnahmen nach römischem Recht vgl. Savigny V §. 247 und Arndts §. 108 Anm. 1 und 2.

12a) Die allgemeine Ausnahme des §. 1484 a. b. G. B. gehört nicht hieher, da sie sich nicht auf Fälle der Klagenverjährung, sondern auf Fälle des Untergangs von Rechten (Reallasten, Patronatsrecht) durch Nichtgebrauch bezieht.

13) Über öffentliche und Privat-Corporationen vgl. zu der Darstellung Bd I §§. 42. 43 jetzt noch Unger „Zur Lehre von den juristischen Personen" in der krit. Übersch. Bd VI Hft 2 S. 147 fg.

14) Daß bei solchen Klagen, welche einer kürzeren als der dreißigjährigen Verjährung unterliegen, in Ansehung der im §. 1485 resp. §. 1472 a. b. G. B. erwähnten Personen eine Verlängerung der Verjährungsfrist nicht stattfinde, kann um so weniger bezweifelt werden (vgl. auch Winiwarter V S. 221. 222, Nippel IX S. 105, Stubenrauch III S. 742), als auch schon nach gemeinem Recht die ausnahmsweisen Verlängerungen der Verjährungsfrist nicht die Fälle der kürzeren Klagverjährung betreffen, vgl. Unterholzner I §. 44 II §. 259, Savigny V S. 358 und Note v. — Nach gemeinem Recht haben nur die Kirchen und milden Stiftungen das Privilegium der vierzig Jahre, nicht aber die Städte (Savigny V S. 359) und ebensowenig der Fiskus (Savigny V

Fall, wenn es sich um Klagen dieser juristischen Personen „gegen andere, in der längeren Verjährungsfrist ebenfalls begünstigte Personen" handelt (arg. §. 1473 a. b. G. B.).

Die Verjährungszeit ist vollendet[14a] mit dem Ablauf desjenigen Kalendertags (oben S. 302), der sich nach der Civilcomputation, also besonders mit Rücksicht auf die einfallenden Schalttage (oben §. 106 Nr. III und Note 45) als der letzte ergibt, indem als erster Tag derjenige Kalendertag zu rechnen ist, an welchem zuerst geklagt werden konnte, also an welchem die actio nata ist (§. 106 Note 14).

Der Ablauf der Verjährungszeit kann nicht nur unter denselben Personen eintreten, zwischen welchen die Klagverjährung angefangen hat, sondern es können auch andere Personen in den Lauf derselben durch Universal- oder Singularsuccession (oben §. 74) eintreten, und zwar findet eine solche Hinzurechnung der Zeit (accessio temporis) nicht nur in Ansehung der Vormänner des Klagberechtigten[15], son-

---

S. 361, Vangerow I S. 259, Arndts §. 108 Anm. 1), obwohl man in der Praxis (früher wenigstens) allgemein auch den Klagen der Städte und den gemeinrechtlichen Fiskalklagen (im Unterschied von den eigenthümlichen Fiskalklagen) vierzig Jahre zu Gute kommen ließ (vgl. Unterholzner I §. 46 II §. 259, Heimbach S. 654, Kierulff I S. 205). Es ist aber überhaupt sehr fraglich, ob sich jenes Privilegium vom legislativen Standpunkt aus rechtfertigen lasse; vgl. auch Müller S. 21 fg.

14a) Manches Unrichtige in Beziehung auf die Berechnung der Vollendung der Verjährungszeit enthält Müller S. 141 fg.; recht überflüssig und nur in ein Lehrbuch gehörend ist der Art. 21 des hess. Gesetz. vom 19. März 1853.

15) Ganz ohne triftigen Grund hat man dieß früher öfters verneint und selbständigen Anfang der Verjährung in der Person des Cessionars behauptet, vgl. dagegen Mühlenbruch Lehre von der Cession S. 600, Savigny V S. 362. 363. Eine Ausnahme wird jedoch nach österr. Recht durch das Institut der öffentlichen Bücher (§. 1500 a. b. G. B.) bewirkt, vgl. folg. § Nr. II 3. Geht das Klagrecht (die Forderung) von einer der im §. 1485 a. b. G. B. begünstigten Personen auf eine nicht begünstigte Person über, so steht es dem Schuldner frei, entweder von der Übertragung des Klagrechts an, also mit Verzichtleistung auf die bereits verflossene Verjährungszeit, die neue ordentliche Verjährungszeit zu rechnen, oder mit Hinzurechnung der bereits abgelaufenen Zeit die außerordentliche Verjährungszeit auch dem Nichtprivilegirten gegenüber in Anwendung zu bringen (arg. Abs. 6 des Kundmachungspat. vgl. Bd I §. 21 Nr. VIII; arg. l. 7 §. 2 C. h. t. 7, 39); unsere Schriftsteller stimmen mit Recht hierin überein, vgl. Helm in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1828 I S. 256 fg. insbesondere S. 272 fg., Pachmann Verjähr. §. 21 Nr. 3. — Die Frage, ob mit dem Übergang des Klagerechts von einer nichtbegünstigten Person auf eine privilegirte, diese berechtigt sei, ihr Privilegium in Anwendung zu bringen, kann erst in der Lehre von der Cession ihre befriedigende Lösung finden.

dern auch in Ansehung der Auktoren des Präscribenten statt (§. 1493 a. b. G. B.)[16].

γ. Hindernisse der Klagenverjährung.

§. 121. Die Hindernisse der Klagenverjährung sind zweifacher Art. Es gibt Umstände, welche die Verjährung in ihrem Laufe, in dem Beginn oder in der Fortsetzung desselben, hindern, so daß die Verjährung nicht beginnen kann, oder die begonnene wieder stille steht (praescriptio dormit), so lange das Hinderniß besteht. Solche Umstände bewirken eine **Hemmung** (Stillstand, Suspension) der Verjährung: fällt der Hemmungsgrund hinweg, so wird die früher bereits begonnene Verjährung fortgesetzt, als ob die Zwischenpause gar nicht bestanden hätte, so daß die frühere und spätere Verjährungszeit ein Ganzes bilden. Es gibt aber auch Umstände, welche bewirken, daß die bisher abgelaufene Verjährung vollständig verloren geht: solche Umstände bewirken eine **Unterbrechung**[1] der

---

16) Vgl. insbes. Savigny V S. 363 fg. gegen manche gemeinrechtliche Schriftsteller (wie z. B. Kierulff S. 200 Note**, welche aus Mißverständniß der l. 8 §. 1 C. h. t. die Unzulässigkeit der accessio temporis behauptet haben; vgl. auch Wächter II S. 815, Dernburg im civil. Arch. Bd XXXIV S. 275 fg., Arndts §. 140 Anm. 4, Brinz I S. 168. — Es findet demnach diese accessio temporis zum Vortheil der Erben sowie der Singularsuccession des ursprünglichen Präscribenten statt, nicht aber zu Gunsten solcher Personen, welche ohne Succession die Sache erlangt haben. Eine solche Accession findet aber nach österr. Recht nicht bloß in Ansehung des Sachbesitzers gegenüber der rei vindicatio und in Ansehung der Erbschaftssachen zum Vortheil des Erbschaftskäufers statt (gegen welchen ja auch die utilis hereditatis petitio angestellt werden kann l. 13 §§. 4. 8. 10 D. de H. P. 5, 3 Arndts §. 540), sondern auch in Ansehung der Obligationen, indem auch auf passiver Seite eine Sigularsuccession möglich ist (s. g. Schuldübergang, oben §. 74 Note 17 cf. l. 4 pr. D. de re jud. 42, 1 l. 66 §. 2 D. de eviction. 21, 2 l. 42 §. 2 D. de procur. 3, 3), nur daß hier mit dem Schuldübergang meistens eine Unterbrechung der Verjährung verbunden sein wird wegen der nöthigen Einwilligung des Gläubigers (cf. l. 29 D. de procur. 3, 3) in den Personenwechsel (vgl. auch §§. 1344. 1345 a. b. G. B., welche §§ sich nicht bloß auf die Expromission, sondern auch auf den Schuldübergang beziehen lassen, da doch auch von der Cession unter der Überschrift „Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten" — freilich in unpassender Weise — gehandelt wird §. 1392 fg. a. b. G. B.).

1) Der Ausdruck „Unterbrechung" wird von manchen Schriftstellern (z. B. Unterhölzner I §. 122, ebenso jetzt wieder von Blaschke Das österr. Wechselr. 3. Aufl. §. 150) in dem weiteren Sinn gebraucht, in welchem er sowohl die Hemmung (den Stillstand) als die eigentliche Unterbrechung bezeichnet; dieser Sprachgebrauch ist unpassend und vom Standpunkt des österr. Rechts (Marginalrubrik zu §. 1494 fg. §. 1497 a. b. G. B.) sicher zu verwerfen. Umgekehrt

Verjährung, welche nun wieder ganz von neuem, also ohne Anknüpfung an die frühere Verjährung, ohne Hinzurechnung der früheren Zeit, beginnen muß.

I. Eine Hemmung der Verjährung findet aus folgenden Gründen statt[2]:

1) Nach österreichischem Recht[2a] kann gegen Klagen physischer aus natürlichen Gründen ganz oder theilweise handlungsunfähiger Personen[3] (oben §. 76 Nr. I und II) die Verjährung nicht beginnen,

---

nennt Zeiller IV S. 264 die Unterbrechung eine Art der Hemmung, was wohl ebenso wenig zu empfehlen ist.

2) Über das gemeine Recht vgl. Unterholzner I §. 34 fg. §§. 81. 88, Savigny V §. 252 I, Arndts §. 110 Nr. 1.

2a) Nach römischem Recht läuft gegen den Unmündigen (quamvis sub tutoris defensione consistat) gar keine Verjährung l. 3 C. h. t. 7, 39 (auch nicht die vierzigjährige vgl. Fritz in Löhr's und Grolmann's Magaz. IV S. 284 fg., Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 1), gegen Minderjährige keine kürzere als die dreißigjährige (l. 5 C. in quib. caus. in integr. rest. 2, 41 Unterholzner I §. 35 fg., Haimberger im civil. Arch. Bd XXI S. 229 fg.); dagegen ist die Verjährung der Klagen der Wahnsinnigen und der gerichtlich erklärten Verschwender gar nicht gehemmt, und wird diesen Personen nur durch in integrum restitutio geholfen, so weit es sich um eine kürzere als die dreißigjährige Verjährung handelt l. 3 C. h. t. vgl. Unterholzner I §. 39, Savigny IV S. 428 fg. 436 fg. III S. 421 fg.; vgl. auch Unger Der sächs. Entwurf S. 94 fg.

3) Der §. 1494 a. b. G. B. bezeichnet als die begünstigten Personen jene, „welche aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte selbst zu verwalten unfähig sind, wie Pupillen, Wahn- und Blödsinnige". Es hat sich in dieser Beziehung eine doppelte Controverse entsponnen: ob auch Minderjährige, welche unter der väterlichen Gewalt stehen, und ob gerichtlich erklärte Verschwender zu den in Ansehung der Verjährung begünstigten Personen gehören. Beide Fragen sind zu bejahen, da die ratio legis in der Unfähigkeit gewisser Personen, selbständig ein Klagerecht auszuüben, besteht, und diese ratio auch bei den gerichtlich erklärten Verschwendern (§. 282 a. b. G. B. in Verbindung mit §. 243 a. b. G. B.) und bei den Minderjährigen unter väterlicher Gewalt (§§. 243. 152 a. b. G. B.) eintritt, — da überdieß die väterliche Gewalt so häufig der vormundschaftlichen gleichgestellt wird (§§. 152. 865 a. b. G. B.) und auch schon nach röm. Recht das zum bonum adventitium des filiusfamilias gehörende Klagerecht während der Dauer der väterlichen Gewalt der Verjährung entzogen war (l. 1 §. 2 C. de annal. except. 7, 40 l. 4 i. f. C. de bon. qu. lib. 6, 61 Unterholzner I §. 34), — und da endlich öfters (Bd I S. 290 vgl. Arndts §. 37 cf. l. 40 D. de R. J.) der gerichtlich erklärte Verschwender den Geisteskranken beigezählt wird. Dieser Auslegung des §. 1494 steht auch nicht im Weg, daß im ersten Satz desselben von Personen gesprochen wird, denen „keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind", bei den fraglichen Personen aber ein solcher Zustand nicht stattfinde: das Gesetz unterscheidet nemlich für den Beginn der Verjährung, ob gesetzliche Vertreter vorhanden sind oder nicht, hemmt nur für den letzteren Fall den Lauf der Ver-

so lange diese Personen keinen gesetzlichen Vertreter haben. Die einmal begonnene Verjährung wird durch die Minderjährigkeit, durch den Eintritt einer Geisteskrankheit (Wahn- oder Blödsinns) des Klagberechtigten oder durch die gerichtliche Erklärung desselben als Verschwender in ihrem Lauf nicht gehemmt[4]; sie kann jedoch vor Ablauf von zwei Jahren „nach den gehobenen Hindernissen" — das heißt nach Eintritt der Volljährigkeit des unbevormundet gewesenen Minderjährigen, nach erfolgter Wiederherstellung des nicht unter Curatel gestellt gewesenen Wahn- oder Blödsinnigen, respektive nach Aufhebung der Vormundschaft (im weitesten Sinn, also der väterlichen Gewalt, der Tutel oder Curatel), unter welcher diese handlungsunfähigen Personen standen[5] — „nie"[6] vollendet werden[7]. §. 1494 a. b. G. B.

---

jährung und beläßt es für den ersteren Fall bei der Regel, daher jene anderen Personen für den normalen Fall (denn vgl. Nippel IX S. 137) nicht erwähnt zu werden brauchten. Für die hier vertheidigte Ansicht in Ansehung der Minderjährigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, vgl. Winiwarter V S. 254 Note 1, Stubenrauch III S. 752 gegen Nippel IX S. 135. 136, Brezina in der Zeitsch. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I. S. 37 fg. „Bemerkungen über den §. 1494 a. b. G. B." und Ellinger ad §. 1494; für die hier vertheidigte Ansicht in Ansehung der Verschwender Scheidlein Miscellen V §. 107, Pachmann Verjährung S. 15, Nippel IX S. 136. 137, Stubenrauch III S. 752, Ellinger ad §. 1494 gegen Zeiller IV S. 261 und Winiwarter V S. 254.

4) Über die legislative Rechtfertigung der Unterscheidung, welche der §. 1494 in dieser Hinsicht macht, vgl. Müller Comment. zum hess. Gesetz S. 26 fg., welches im Art. 4 die Bestimmung des österr. Gesetzb., aber in einer Fassung, welche zu Zweifeln (Note 5) keinen Raum gibt, und mit einer praktischen Ausnahme (Note 6) aufgenommen hat.

5) Es herrscht Streit darüber, ob die Begünstigung des §. 1494 den gedachten Personen auch dann zu Gute komme, wenn sie einen gesetzlichen Vertreter hatten, ob also unter „den gehobenen Hindernissen" das Hinderniß der selbständigen Ausübung des Klagerechts oder nur der Mangel eines gesetzlichen Vertreters zu verstehen sei. Für die im Text vertheidigte Ansicht sprechen schon die Regeln der grammatischen Auslegung; denn würde die Verjährung auch den begünstigten Personen gegenüber fortgesetzt, obgleich sie keinen Vertreter haben, so könnte doch der Mangel eines solchen nicht „ein Hinderniß" genannt werden. Entscheidend aber ist der Umstand, daß die Begünstigung des §. 1494 an die Stelle der in Thl III §§. 630. 632 fg. des westgal. Gesetzb. den Minderjährigen (und Abwesenden) eingeräumten Wohlthat der in integrum restitutio getreten ist, welche denselben auch in dem Fall, daß sie einen gesetzlichen Vertreter hatten (wie nach gemeinem Recht l. 29 pr. §. 1 D. de minor. 4, 4 l. 38 pr. l. 41 pr. eod. l. 2. 3 C. si tutor 2, 25 vgl. Savigny VII S. 148, Arndts §. 119) zustand. (Für die im Text vertheidigte Ansicht: Zeiller IV S. 261, Pachmann Verjährung S. 14,

2) Gegen vermögensrechtliche Klagen zwischen Ehegatten kann, so lange dieselben „in ehelicher Verbindung stehen", das heißt (vgl.

Pratobevera Mater. VI S. 141 fg., Winiwarter V S. 256 fg., Stubenrauch III S. 753; dagegen: Scheiblein Miscellen V §§. 104. 105, Nippel IX S. 139 fg., Brezina in der angef. Abh. S. 42 fg., Ellinger ad §. 1494.) Es ist also in Ansehung dieser begünstigten Personen der Anfang, die Fortsetzung und die Vollendung der Verjährung zu unterscheiden: der Anfang der Verjährung wird nur dann verhindert, wenn diese Personen keinen gesetzlichen Vertreter haben; der Lauf der einmal begonnenen Verjährung wird in keinem Fall gehindert; die Vollendung der Verjährung aber kann immer erst dann eintreten, wenn diese Personen die volle Handlungsfähigkeit erlangt, resp. wiedererlangt haben, und überdieß zwei Jahre seit dieser Zeit verstrichen sind. Schon Pratobevera S. 142 fg. jedoch, der an echt wissenschaftlicher Bildung, an juristischem Scharfsinn und Takt sowie an Klarheit und edler Einfachheit der Darstellung, nicht nur alle seine Nachfolger, sondern selbst seine Zeitgenossen weitaus überragt, hat in treffender Weise die praktischen Unzukömmlichkeiten der Schlußbestimmung des §. 1494 (vgl. Note 6 und 7) hervorgehoben und dieselbe (welche mit Recht in den §. 174 des sächs. Entw. nicht übergegangen ist) in legislativer Hinsicht beanstandet.

6) Es gilt dieß also auch in Ansehung der dreißigjährigen Verjährung, gegen welche nach röm. Recht der Minderjährige weder an sich (ipso jure) noch durch Restitution geschützt ist (Note 2 l. 5 C. cit. Savigny III S. 421. 425 VII S. 157; diese Bestimmung, welche sich im wesentlichen schon in §. 630 fg. Thl III des westgal. Gesetzb. findet, ist auch in das hess. Gesetz übergegangen); es gilt aber dasselbe auch in allen Fällen der kürzeren Verjährung, was sicher praktisch ganz unzukömmlich ist vgl. Pratobevera S. 143. 144 (dieser Übelstand ist im hess. Ges. Art. 4. 19 beseitigt, vgl. Müller S. 131. 132). — Über den Anfangspunkt dieser zwei Jahre bei Volljährigkeitserklärungen vgl. Bd I §. 37 Note 17. — Zur Vollendung der Verjährung sind aber, trotz des kategorischen „nie" im §. 1494 a. b. G. B., dennoch volle „zwei Jahre nach den gehobenen Hindernissen" nicht erforderlich, wenn die Verjährungszeit an sich eine kürzere ist, da der Handlungsunfähige, der einen Vertreter hatte, doch nicht besser daran sein kann, als jener, dem der gesetzliche Vertreter fehlte und in Ansehung dessen die bisher sistirte Verjährung nach erreichter Handlungsfähigkeit nunmehr erst beginnt, welche sicher in der normalen, also vorausgesetztermaßen kürzeren als zweijährigen Frist abläuft; vgl. Bachmann Verjähr. §. 18 Nr. 1, dem auch Stubenrauch III S. 753 Note ** beistimmt. (Die eigentliche Restitutionsfrist war freilich stets dieselbe, wenn auch die Verjährungsfrist an sich eine kürzere war, Clem. un. de rest. in integr. 1, 11 Unterholzner II S. 67 vgl. §. 634 Thl III westgal. Gesetzb.)

7) Es versteht sich von selbst, daß durch diese Bestimmung des §. 1494 die regelmäßige Verjährungszeit in Ansehung dieser Personen nicht verkürzt werden sollte, daß also die Verjährung zu ihrer Vollendung unter Umständen auch mehr als zwei Jahre brauchen kann (vgl. Müller S. 70, Stubenrauch III S. 753). Andererseits sind aber auch unter Umständen die zwei Jahre nach gehobenen Hindernissen dann gar nicht oder nur zum Theil eine besondere Frist, wenn zur Vollendung der normalen Verjährungszeit ohnehin noch ein oder zwei Jahre erforderlich wären. — Geht die Klage im Weg der Universal- oder Singularsuc-

§. 93 a. b. G. B.), so lange die gültige Ehe nicht geschieden oder getrennt oder die Putativehe nicht als ungültig erklärt ist[8], eine Verjährung weder beginnen noch fortgesetzt werden; ebenso wenig kann zwischen (ehelichen, außerehelichen, Adoptiv-) Eltern[9] und Kindern, zwischen Vormündern (Tutoren oder Curatoren[10]) und

---

cession auf eine gleichfalls begünstigte Person über, so kommt auch dieser die Begünstigung des §. 1494 zu statten, so daß die zur Vollendung der Verjährung erforderlichen zwei Jahre erst von der erlangten Handlungsfähigkeit dieser letzteren Person an zu rechnen sind, ebenso wie nach gemeinem Recht dem Erben die in seiner Person begründete Restitution zur Erweiterung der Restitutionsfrist zu gute kommt l. 19 D. de minor. (4, 4) l. 2 l. 5 §§. 1—3 C. de tempor. in integr. 2, 53 (vgl. Savigny VII S. 264): hiedurch kann leicht der Uebelstand entstehen, daß eine Klage hundert und mehr Jahre der Verjährung entzogen bleibt (vgl. Pratobevera S. 143, Winiwarter V S. 260). War aber zur Zeit der Succession in die Klage ein Theil der besonderen Frist des §. 1494 schon verstrichen, so kommt dem begünstigten Successor von seiner erreichten Handlungsfähigkeit an nur noch so viel Zeit zu statten, als der Vormann zur Zeit des Klageübergangs von seiner eigenen Frist von zwei Jahren noch übrig hatte (arg. l. 19 cit. l. 5 §. 2 cit. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 524. 525). Ebenso ist aber auch bei dem Übergang der Klagen von einer begünstigten Person auf eine nicht begünstigte darauf zu sehen, ob zur Zeit des Klageübergangs die zwei Jahre des §. 1494 (die man zur Unterscheidung die Restitutionsfrist nennen kann) schon im Zuge waren, oder ob die normale Verjährungsfrist selbst noch im Lauf begriffen war: im letzteren Fall kommt dem Successor so viel Zeit zu statten, als dem Begünstigten, wenn er im Augenblick der Cession von jenen Hindernissen frei geworden wäre und das Recht selbst behalten hätte, zukommen würde, somit jedenfalls wenigstens zwei Jahre (a. A. für den analogen Fall der gemeinrechtlichen Restitution wegen Minderjährigkeit Burchardi S. 525. 526, aber wohl mit Unrecht); im ersteren Fall dagegen kommt ihm nur der Rest der für den Begünstigten bereits begonnenen (Restitutions-) Frist von zwei Jahren zu statten (arg. l. 6 D. de i. i. r. 4, 1 l. 18 §. 5 D. de minor. 4, 4 l. 24 pr. eod. vgl. Savigny VII S. 217). Dem Resultat nach stimmen unsere Schriftsteller hiemit überein vgl. Pachmann Verjährung §. 21 Nr. 2, Winiwarter Mater. VIII S. 172 fg., Stubenrauch III S. 753. 754. — Daß der §. 1494 zur Anwendung kommt, wenn eine Klage von einer nicht begünstigten Person auf eine privilegirte übergeht, versteht sich von selbst.

8) Vgl. Winiwarter V S. 261, Pachmann S. 15. 16, Stubenrauch III S. 754. Natürlich findet die Hemmung nur zu Gunsten des Ehegatten statt, dem das Ehehinderniß unbekannt ist (vgl. Art. 176 des sächs. Entw.).

9) Unter den Eltern ist auch die Mutter zu verstehen, da die väterliche Gewalt nach deutschem und österr. Recht (§§. 147. 141 fg. a. b. G. B.) nur eine Species der elterlichen Gewalt ist; ebenso auch der uneheliche Vater (§. 166 a. b. G. B.), nicht aber die Großeltern als solche, da es eine großelterliche Gewalt nicht gibt; a. A. wohl mit Unrecht Pachmann S. 16. 17 vgl. dagegen auch Rippel IX S. 150, Stubenrauch III S. 754.

10) Über diese Auslegung des Wortes Vormund vgl. Bd I §. 13 Note 61; übereinstimmend Zeiller IV S. 262, Pachmann S. 17, Winiwarter V

ihren Pflegebefohlenen (Mündeln und Curanden) [10a] eine Verjährung vermögensrechtlicher Klagen beginnen oder fortgesetzt werden, so lange die elterliche respektive vormundschaftliche Gewalt dauert [10b] §. 1495 a. b. G. B.

3) Die Klagverjährung wird gehemmt, wenn und insolange ein rechtliches Hinderniß (impedimentum juris) der Anstellung der Klage im Wege steht [11]: diese Hemmung der Verjährung durch eine zeitweilige Suspension des Klagerechts drückt die vieldeutige Regel aus: agere non valenti non currit praescriptio, welche in der

S. 262, Ellinger ad §. 1494, Stubenrauch III S. 754; a. A. Scheidlein S. 165, Rippel IX S. 151.

10a) Daß hier Reciprocität obwalte, hätte gar nicht (wie doch z. B. von Scheidlein §. 112) bezweifelt werden sollen; vgl. Pachmann S. 17, Rippel IX S. 149 fg., Winiwarter V S. 261, Stubenrauch III S. 755.

10b) Diese dem röm. Recht fremde Bestimmung des §. 1495 ist dem preuß. Landrecht I 9 §§. 524—526 und dem Code civil a. 2252. 2253 entlehnt, und jetzt wieder in passender Weise in den sächs. Entw. und in Art. 5 des hess. Ges. (vgl. Müller S. 71 fg.) übergegangen.

11) Nach österr. Recht gehört aber wohl nur der Fall eines Moratoriums (l. 8 i. f. C. qui bon. 7, 71 Nullo praejudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando) und eines freiwilligen Stundungsvertrags (pactum de non petendo intra tempus) hieher. (Eine s. g. erzwungene Stundung l. 8 cit. vgl. Puchta Pandekt. und Vorles. §. 242, Arndts §. 223 gibt es nach österr. Recht nicht: für die freiwillige Stundung muß aber natürlich dasselbe in Ansehung des Stillstandes der Verjährung der gestundeten Klagen gelten, was für die erzwungene Stundung gilt l. 8 cit., die ja in Ansehung der aus freien Stücken das Spatium gewährenden Gläubiger eine freiwillige ist; vgl. auch Vangerow I S. 252 Nr. 3 und Thon in der §. 116 Note 1 angef. Abh. S. 35, der aber mit Unrecht von einem „stillschweigenden Verzicht des paciscirenden Schuldners auf die Verjährung in der Zwischenzeit" spricht.) Was die Klagen der Erbschaftsgläubiger (creditores hereditarii) betrifft, so sind dieselben während der Deliberationsfrist, die allerdings auch nach österr. Recht vorkommen kann (§. 118 des Ges. vom 9. Aug. 1854), nicht, wie nach gemeinem Recht (l. 22 §. 11 C. de jure delib. 6, 30), der Verjährung entzogen, da die Gläubiger „ihre Ansprüche wider die Masse anbringen können" §. 811 a. b. G. B.; was ferner die Vindication von Baumaterialien betrifft, welche nach gemeinem Recht der Verjährung so lange entzogen ist, als die Materialien Bestandtheile des stehenden Gebäudes sind (§. 29 I. de R. D. l. 7 §. 10 de A. R. D. vgl. Puchta Kleine civil. Schriften Nr. XXIV, Vangerow Pandekt. I §. 300, Arndts §. 152 Anm. 4 lit. f.), so findet dieselbe nach österr. Recht überhaupt gar nicht statt, da die verbauten Materialien ohne weiteres Eigenthum des Bauführers werden (also nach österr. Recht is qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse), und der frühere Eigenthümer der Materialien gegen den Bauführer, dieser mag bona oder mala fide die Verbindung vorgenommen haben, immer nur eine persönliche Klage auf Entschädigung hat §§. 416. 417 a. b. G. B.

That nichts anderes ist, als eine consequente Durchführung des juristischen Grundprinzips der Klagverjährung [11a].

4) Endlich hemmen einige natürliche (faktische) Hindernisse der Klaganstellung sowohl den Anfang als die Fortsetzung der Verjährung. Solche Hemmungsgründe sind nach österreichischem Recht (§. 1496 a. b. G. B.) „gänzlicher Stillstand der Rechtspflege (Justitium) z. B. in Pest- oder Kriegszeiten" [12], und Abwesenheit des Klagberechtigten (nicht auch des zu Belangenden [13]) im Staatsdienst („in Civil- oder Kriegsdiensten [14]) von seinem Wohnort [14a] und zwar

---

11a) Vgl. Göschen I S. 439, Savigny §. 252 Note c; Brinz I S. 169 bezeichnet passend diese Fälle als solche, „wo der gemeinen Anstellbarkeit der Klage Sonderrecht entgegentritt".

12) Nach gemeinem Recht ist es streitig, ob das tempus hostilitatis (c. 13. 14 Caus. XVI qu. 3 c. 10 X de praescr. 2, 26) einen Hemmungsgrund der Verjährung bilde und in welchem Umfang; vgl. Marezoll Über den Einfluß des tempus hostilitatis auf die Verjährung" in der Gieß. Zeitschr. Bd VII S. 274 fg., Vangerow I S. 294, Schirmer in der Note 296 zu Unterholzner I §. 88. Nach österr. Recht hemmt jedenfalls der feindliche Einfall die Verjährung nur dann, wenn damit zugleich ein Stillstand der Rechtspflege verbunden ist (Zeiller IV S. 264), da nach österr. Recht die ratio legis allerdings die mangelnde facultas agendi in judicio, die durch den Gerichtsstillstand veranlaßte Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung ist (anders nach gem. Recht Marezoll S. 279 fg.). Die Ausdehnung dieser Vorschrift im österr. Recht auf den Fall des Gerichtsstillstands überhaupt rechtfertigt sich dadurch, daß sich nach österr. Recht der Klagberechtigte nicht durch Protestation gegen den Ablauf der Verjährung, wie nach gem. Recht (l. 2 C. de annal. exc. 7, 40 vgl. Vangerow l. c. Marezoll S. 281. 282), schützen kann.

13) Nach römischem Recht fand allerdings Restitutionsschutz auch gegen den Abwesenden (und den der absentis loco ist cf. l. 124 §. 1 D. de R. J.) statt (l. 1 pr. l. 21 pr. ex quib. caus. 4, 6 vgl. Savigny VII §. 328, Burchardi Wiedereinsetz. S. 175 fg., Glück VI §. 470). Für das österr. Recht ist die Abwesenheit des Schuldners in passender Weise kein Hemmungsgrund der Verjährung, da die Klagverjährung schon durch die Anstellung der Klage unterbrochen wird (vgl. Pratobevera Mater. VI S. 148) und der Kläger erforderlichen Falls zugleich um Aufstellung eines Curator absentis ansuchen kann (§. 276 a. b. G. B.). (Justinian hat zwar gleichfalls dem Klagberechtigten in der Protestation ein Schutzmittel eingeräumt l. 2 C. de annal. except. 7, 40: es ist aber dadurch das Schutzmittel der Restitution nicht aufgehoben worden, sondern der Berechtigte hat zwischen beiden Schutzmitteln die Wahl, vgl. Glück VI S. 36 fg., Burchardi S. 180 fg., Savigny VII S. 154.)

14) Dieser Hemmungsgrund ist an die Stelle der Restitution getreten, welche den Abwesenden und zwar insbesondere den reipublicae causa sine dolo absentibus (l. 1 §. 1 D. h. t. 4, 6) gegen einen Verlust ihres Rechts durch Unterlassung, also insbesondere auch gegen die Klagverjährung (l. 1 §. 1 cit.), nach gemeinem Recht (vgl. Burchardi S. 152 fg., Savigny VII §. 325 fg.) und

auch in dem Fall, wenn der Abwesende einen Vertreter zurückgelassen hat oder durch eigene Schuld eines solchen entbehrt[15]. Unbekanntschaft des Klagberechtigten mit seinem Klagrecht hindert die Verjährung nicht[16], dafern nicht ausnahmsweise das Gesetz den Beginn der Verjährung a tempore scientiae eintreten läßt[17].

---

auch noch nach westgaliz. Gesetzb. Thl III §§. 628. 630. 633 gewährt wurde: es sind daher auch zweifelhafte Fragen nach Analogie dieser Restitution zu lösen; vgl. die folg. Noten.

14a) Es ist nicht gerade Entfernung aus der Provinz, worin man wohnt, sondern nur Entfernung vom eigentlichen Wohnort (Domicil) in Staatsdiensten erforderlich (cf. l. 32 D. h. t. 4, 6 Abesse reipublicae causa intelligitur et is, qui ab urbe profectus est, licet nondum provincia excesserit, sed is qui excesserit, donec in urbem revertatur —. l. 35 §§. 7. 8 eod. l. 173 §. 1 l. 199 D. de V. S. Burchardi S. 161. 162, Savigny VII S. 169. 170, vgl. auch Glück VI §. 467). Mit Unrecht wollen manche österr. Schriftsteller (z. B. Winiwarter Mater. VIII S. 180 Comment. V S. 262, Nippel IX S. 152, Scheidlein Miscell. V §. 115, Ellinger ad §. 1496, Stubenrauch III S. 755) für die Bestimmung des §. 1496 über die Abwesenheit den §. 1475, der sich überhaupt nur auf die Ersitzung bezieht, analog anwenden und hiernach behaupten, daß es auf die Entfernung aus der Provinz „wo das verjährende Recht ausgeübt werden könnte", also regelmäßig wo der zu Belangende seinen Wohnsitz hat (vgl. Scheidlein S. 167), ankomme: hienach wären alle Klagen der Beamten, die außerhalb der Provinz angestellt sind, in welcher ihr Schuldner wohnt, der Verjährung entzogen! (Pachmann Verjähr. S. 14 will gleichfalls den §. 1475 analog anwenden, läßt es aber doch wenigstens auf die Entfernung des Abwesenden aus der Provinz seines ordentlichen Wohnsitzes ankommen, und verlangt dagegen, nach positivem Recht wohl ohne Grund, daß die Abwesenheit republicae causa wenigstens Ein Jahr fortgedauert habe, arg. §. 1475.) Die Behauptung Ellinger's ad §. 1496, daß der Hemmungsgrund ausfalle, sobald der Abwesende von der gegen ihn laufenden Verjährung Kenntniß erhalte, bedarf zu ihrer Abweisung keiner besonderen Widerlegung. (Eigenthümliche Bestimmungen enthält das A. L. R. I 9 §§. 518. 522.)

15) Vgl. Pachmann S. 14, Stubenrauch III S. 755; nach gemeinem Recht ist es zweifelhaft, ob die Restitution dem Abwesenden auch dann zu statten komme, wenn er einen Vertreter zurückgelassen oder schuldbarer Weise keinen Prokurator bestellt hat, vgl. Burchardi S. 166 fg., Savigny VII S. 176 fg., Arndts §. 120 a. E.

16) Ebenso nach röm. Recht (l. 3 C. h. t. 7, 39 cf. l. 12 C. de praescr. long. temp. 7, 33 vgl. Savigny III S. 407 fg., Unterholzner I S. 285 II S. 302), nach welchem in diesem Fall auch nicht Restitution wegen Irrthums gewährt wird (vgl. Savigny III S. 417 fg. VII S. 196, a. A. Burchardi S. 188 fg.), und die Unwissenheit des Klagberechtigten nur unter Umständen bei der Berechnung des tempus utile in Betracht kommt (l. 15 §§. 4. 5 D. quod vi 43, 24 l. 6 D. de calumn. 3, 6 l. 55 D. de aed. ed. 21, 1 vgl. Savigny III S. 410 fg., Arndts §. 110, vgl. auch oben §. 77 Note 25). Darüber daß die Verjährung ohne Rücksicht auf die scientia des Klagberechtigten beginnt, sind auch

II. Von einer **Unterbrechung** der Klagenverjährung kann nur dann die Rede sein, wenn es eine und dieselbe Klage ist, um deren Nichtanstellung durch den gesetzlichen Zeitraum hindurch es sich handelt, wenn also die Klage selbst fortbesteht und nur ihr Verjährungslauf durch einen Umstand in der Art gestört wird, daß der neue Verjährungslauf an den früheren nicht angeknüpft werden kann. Treten dagegen Umstände ein, welche die bisherige Klage selbst aufheben, so hört zwar hiemit auch die bisherige Verjährung auf[18], aber hier ist eine eigentliche Unterbrechung der Verjährung nicht vorhanden, da die Klage selbst hinweggefallen ist, welche verjähren könnte, und eine neue Verjährung nur insofern eintreten kann, als eine neue Klage derselben Art entsteht. Wenn man dennoch in solchen Fällen (Note 18) von einer Unterbrechung der Verjährung spricht[18a], so erklärt sich

---

die österr. Schriftsteller mit Recht einig vgl. z. B. Winiwarter Mater. VIII S. 98, Pachmann Verjähr. S. 27. 28, insbesondere aber Pratobevera Mater. VI S. 154 fg.

17) Einen zweifellosen Fall dieser Art enthält §. 1489 a. b. G. B.; auch in den Fällen der §§. 156—159 a. b. G. B. werden die drei Monate a tempore scientiae berechnet (doch sind diese Fristen wohl nur Präklusivfristen, nicht, wie noch oben §. 104 Note 78 angenommen wurde, Klagverjährungsfristen). Mit Unrecht nehmen Pachmann S. 56 Note 59, Michel Darstellung der Gewährleistung nach österr. Privatrecht (1849) S. 30 und Stubenrauch III S. 112. 113 an, daß die ädilitischen Klagen (§. 933 a. b. G. B.) nach österr. Recht erst von der Zeit an verjähren, wo dem Käufer der Sache die Mängel derselben bekannt wurden. Schon nach röm. Recht ist dieß nicht die Regel (l. 19 §. 6 D. h. t. 21, 1 l. 2 C. eod. 4, 58), indem die entschuldbare Unbekanntschaft des Käufers mit den Mängeln nur unter ganz besondern Umständen bei der Berechnung des tempus utile berücksichtigt wird (l. 55 h. t. Savigny III S. 414, Unterholzner II §. 270). Nach österr. Recht ist die Übergabe der Sache der regelmäßige Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung der Klagen auf Gewährleistung wegen physischer Mängel (vgl Zeiller III S. 139, Winiwarter IV S. 104): die Schlußworte des §. 923 a. b. G. B., worauf sich Pachmann beruft, sind ganz irrelevant, da sie mit der Partikel „wenn", nicht „wann", verbunden, die Bedingung, nicht den Zeitpunkt, der Haftung aussprechen; ebenso unhaltbar ist die Berufung Stubenrauch's auf die Analogie des §. 1489, da sich dieser § nur auf Deliktsklagen bezieht.

18) Dieß ist bei Klagen gegen den Besitzer als solchen (z. B. bei der Eigenthumsklage) der Fall, wenn die Sache zu ihrem Eigenthümer zurückkehrt, oder wenn der frühere Besitzer die Sache verliert, oder wenn diese an einen Dritten durch dessen eigenmächtige Handlung (also nicht durch ein Rechtsgeschäft) gelangt cf. l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39 Savigny V S. 365.

18a) Dieß geschieht allgemein vgl. z. B. Savigny V S. 313, Arndts §. 110 a. E. Mit eben so viel Recht könnte man von einer Unterbrechung der Klagverjährung durch Novation sprechen.

dieß daraus, daß man die alte und die neue Klage als Ein Ganzes mit zeitweiliger Unterbrechung ansieht, während doch in der That zwei selbstständige Klagen vorhanden sind, welche aber freilich von derselben Gattung und Art sind. Eine eigentliche Unterbrechung der Klagverjährung findet statt[19]:

1) Durch jede dem Klagberechtigten gegenüber geschehene Anerkennung des klagbaren Rechtsanspruchs von Seiten des Gegners, sie mag ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (§. 1497 a.b.G.B.)[19a], wie durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins[20], durch Zinsenzahlung[21] oder Abschlagszahlung[22], durch Bestellung eines Pfandes oder Bürgen[23], durch Übergabe eines versprochenen Pfandes[23a],

---

19) Vgl. Unterholzner I §. 122 fg. II §. 262, Savigny V §§. 242. 243.

19a) Der Grund dieser Unterbrechung liegt darin, daß durch dieses Anerkenntniß „sowohl die Nachlässigkeit des Berechtigten, als die Präsumtion der Tilgung, die aus der bisherigen Versäumniß entstand, aufgehoben wird" Savigny V S. 314 (vgl. Müller S. 145); vgl. über diese Anerkennung auch Bähr Die Anerkennung S. 166. 176. — Die Frage, ob auch nach österr. Recht wie nach römischem Recht (l. 5 C. de duob. reis 8, 40) die von einem der Correalschuldner oder gegen einen der Correalgläubiger geschehene Anerkennung auch in Ansehung der anderen Correalschuldner resp. Gläubiger die Unterbrechung der Verjährung bewirke, kann nur in zusammenhängender Darstellung der Lehre von den Correalobligationen ihre befriedigende Lösung finden.

20) l. 7 §. 5 C. h. t. (7, 39) — Sed et si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit, tempora memoratarum praescriptionum interrupta esse videbuntur —.

21) l. 8 §. 4 C. h. t. l. 19 C. de fide instrum. (4, 21) vgl. Bd I S. 602.

22) l. 5 C. de duob. reis (8, 40) — debitum agnoverunt — per solutionem —.

23) Vgl. Savigny §. 242 Note f. g.

23a) Darauf beziehen sich wohl die Worte der l. 7 §. 5 C. h. t. Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis—; vgl. Unterholzner II S. 308. (Eine, wie mir scheint, unrichtige Beziehung und Stellung gibt Savigny V S. 314 dieser Stelle.) Es findet also eine Unterbrechung der Verjährung statt, wenn der Schuldner (nicht etwa ein Dritter) späterhin die versprochene Sache dem Gläubiger zu Pfand übergibt, oder dieser dieselbe mit Wissen und Willen des Schuldners (sine violentia) nimmt resp. als Pfand behält; ferner wenn der Schuldner nachträglich die Bewilligung zur Intabulation des Pfandrechts gibt oder selbst um die Intabulation ansucht, nicht aber wenn der Gläubiger später auf Grundlage der früher ertheilten Intabulationsbewilligung um die Einverleibung des Pfandrechts ansucht, und noch weniger im Fall einer vom Gläubiger einseitig bewirkten Intabulation (Pränotation) seiner Forderung vgl. Winiwarter Mater. VIII S. 183. 184 Comment. V S. 264.

durch das wiederholte Versprechen die Schuld zu bezahlen[24], durch die Abschließung eines Anerkennungsvertrags[24a]. Durch die Cession der Klage wird die Verjährung nicht unterbrochen (vgl. jedoch Nr. 3), dafern sie nicht mit einer Anerkennung der Schuld von Seiten des Verpflichteten (Cessus) verbunden ist (§. 1396 a. b. G. B.).

2) Durch gerichtliche Verfolgung des Rechtsanspruchs (§. 1497 a. b. G. B.). Nach österreichischem Recht[25] unterbricht schon die Anstellung (Erhebung) der Klage (also die Erklärung derselben zu Protokoll oder die Einreichung der Klageschrift), nicht erst wie nach gemeinem Recht[26] die Zustellung (Insinuation) derselben die Ver-

24) cf. l. 18 §. 1 D. de const. pec. (13, 5).

24a) Ebenso bewirkt der Abschluß eines pactum de non petendo intra certum tempus (Stundungsvertrag) eine Unterbrechung der Verjährung, da hierin eine Anerkennung der Schuld liegt, und zwar beginnt hier die Verjährung erst nach Ablauf der festgesetzten Zeit wieder cf. l. 7 §. 4 C. h. t. 7, 39 (vgl. §. 120 Note 7a §. 121 Note 11), so daß dieser Umstand zugleich als Unterbrechungs- und als Hemmungsgrund wirkt.

25) Das österr. Gesetzb. ist hierin dem Vorbild des preuß. Landrechts (I 9 §. 551) gefolgt; beiden Gesetzbüchern folgt wieder das hess. Ges. Art. 23. Die in Rede stehende Bestimmung des bürgerl. Gesetzb. ist sicher in legislativer Hinsicht nur zu billigen (vgl. auch Wächter Erörter. III S. 93 Handb. II S. 524 Note 18, Müller S. 145 fg.), da den Berechtigten, sobald er die Klage angestellt hat, der Vorwurf der Nachlässigkeit nicht mehr trifft, und Verzögerungen in der Verbescheidung und Mittheilung der Klage an den Beklagten doch nicht dem Kläger zum Nachtheil ausschlagen sollen. Durch diese Bestimmung ist auch die Vorschrift des röm. Rechts (l. 2 C. de annal. except. 7, 40) über die in gewissen Fällen zulässige Protestation (vgl. Unterholzner I §. 129, Savigny V S. 319) entbehrlich geworden. — An dieser Auffassung des §. 1497, welche auch die herrschende ist (vgl. Nippel IX S. 134, Stubenrauch III S. 757), zu zweifeln, bietet auch der Ausdruck „belangt" keinen triftigen Grund, da „gerichtlich belangen" gleichbedeutend ist mit „Klage erheben" (vgl. auch Müller S. 147 fg.); jeden Zweifel beseitigt übrigens das Note 29 angef. Hofdekret.

26) Nach justinianischem und gemeinem Recht unterbricht erst die Mittheilung der Klage an den Beklagten (Insinuation, Zustellung der Klage) die Verjährung (l. 3 C. h. t. 7, 39 l. 3 C. de annal. except. 7, 40) vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. I §. 22, Savigny System V S. 316 fg., Wächter Erörter. III S. 89 fg., Schirmer in der Note 425a zu Unterholzner I §. 124 (der die Litiscontestation als den entscheidenden Moment ansieht), Arndts §. 113 Anm. 4 lit. e, Brinz I S. 170 u. A. Manche Schriftsteller und Gerichte legen auch schon für das gemeine Recht dem Anbringen der Klage die Wirkung der Unterbrechung bei (so z. B. Kori Verjähr. §§. 154. 155, Sintenis Erläuter. I S. 150 fg. Civilr. I §. 31 Note 52, ferner Höpfner Beiträge zur civil. gerichtl. Praxis Bd I Thl 3 S. 192. 193, Schäffer in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd VIII S. 276 fg., vgl. auch den unförmlichen Aufsatz von Ahrens daselbst Bd XII S. 319 fg.); diese Ansicht ist gewiß unrichtig (vgl. Pfotenhauer Über die Unterbrechung der Klagenverjährung 1843, Wächter S. 93 fg.),

jährung[26a], vorausgesetzt, daß die Klage bei dem competenten Gericht angestellt ist[27], welches allenfalls auch ein Schiedsgericht sein kann[27a], und daß sie dem Beklagten um die Einrede verbeschieden wird[28]. Bloße Fristgesuche zur Einbringung einer Klage[29] bewirken

allein sie zeigt in ihrer steten Wiederkehr (vgl. Pfotenhauer S. 2) ebenso wie die häufige Behauptung, daß die Unterbrechung der Klagverjährung, wenn diese in der Zwischenzeit von der Anstellung der Klage bis zu ihrer Zustellung abgelaufen sein sollte, bis zur Anstellung derselben zurückwirke (so z. B. Puchta §. 90 Note p Vorles. I S. 207, Unterholzner I §. 124 und schon früher Höpfner Comment. §. 398 und Glück III S. 397) das Bedürfniß nach einer Correktion der römischen Vorschrift. (Zu seinem Nachtheil ist der sächs. Entwurf Art. 192 fg., vgl. Motiven S. 43 fg., gerade hierin dem österr. Gesetzb. nicht gefolgt.)

26a) In dieses System ist durch die Bestimmung des Art. 80 der W. O., wonach nur die Behändigung (Zustellung, Mittheilung, Insinuation) der Klage die Wechselverjährung unterbricht, ein auch in praktischer Beziehung (vgl. österr. Gerichtszeit. 1858 Nr. 56) bedenklicher Bruch gemacht werden: jene Bestimmung ist zwar den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts conform (vgl. Note 26), sie widerspricht aber den Prinzipien des österr. Rechts (§. 1497 a. b. G. B.) und hätte wohl für Österreich um so mehr in Übereinstimmung mit dem österr. Recht gebracht werden sollen, als die gemeinrechtlichen Ausnahmen von der Klagbehändigung (vgl. Note 25 und Renaud Wechselr. §. 87 Note 18), wonach in gewissen Fällen schon die Anstellung der Klage zur Unterbrechung der Verjährung genügt, nicht mit aufgenommen werden sind. (Vgl. auch Blaschke Das österr. Wechselr. 3. Aufl. §. 150 Note 4, der mit Recht bemerkt, daß sich diese Bestimmung, welche von anderen österr. Schriftstellern über Wechselrecht, z. B. Berger Die österr. W. O. S. 110, kritiklos hingenommen wird, nicht rechtfertigen lasse.)

27) Daß die vor einem incompetenten Richter angestellte Klage die Verjährung nicht unterbricht, gilt wie nach gemeinem Recht (l. 1 C. ne de statu 7, 21 Savigny S. 321, Unterholzner I S. 443), so in Ermanglung einer ausdrücklichen anderen Bestimmung auch nach österr. Recht, vgl. auch Nippel IX S. 153, Winiwarter V S. 265, Stubenrauch III S. 757. (Nach anderen Gesetzgebungen z. B. A. L. R. I 9 §. 552, hess. Ges. Art. 24 Nr. 2 bewirkt die von einem incompetenten Richter geschehene Anstellung der Klage dennoch die Unterbrechung der Verjährung, wenn nur der Kläger innerhalb einer gewissen Frist von der Bekanntmachung der zurückweisenden Verfügung an die Klage bei dem zuständigen Gericht anbringt — eine Bestimmung, welche sich in legislativer Hinsicht wohl empfehlen läßt vgl. Müller S. 154 fg.) Die Zurückweisung der vor dem incompetenten Richter angestellten Klage erfolgt entweder von Amtswegen (also a limine judicii vgl. §§. 2. 48 der J. N. v. 20. Nov. 1852 vgl. §. 2 lit. a der prov. C. P. O.), oder die Klage wird dem Beklagten um seine Einrede mitgetheilt, dieser erhebt die exceptio fori declinatoria (§. 40 A. G. O. §§. 14. 47. 54. 55 prov. C. P. O.) und die Klage wird, falls die Einrede als begründet erkannt wird, durch Erkenntniß (Urtheil oder Bescheid) abgewiesen: selbst in letzterem Fall gilt die Klagenverjährung nach österr. Recht als nicht unterbrochen, während andere Gesetzgebungen (z. B. A. L. R. I 9 §. 553) in passender Weise für diesen Fall eine Ausnahmsbestimmung getroffen haben.

27a) l. 5 §. 1 C. de rec. arbitr. (2, 56) Savigny V S. 320.

28) Es darf also die Klage nicht etwa „von Amtswegen" sofort (a limine

die Unterbrechung der Verjährung ebensowenig als gerichtliche[30] oder außergerichtliche[31] Schritte zur Geltendmachung des betreffen-

judicii abgewiesen worden sein (vgl. §. 2 der prov. C. P. O. Rippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 46 fg.) z. B. wegen mangelnder Fertigung eines Rechtsfreundes (§. 14 A. G. O), wegen Abfassung in ordnungswidriger Sprache (§. 13 A. G. O.), wegen unzuläßiger Klagenhäufung (§. 4 A. G. O. Hfdkrt 27. Sept. 1792 lit. a, Wessely Handb. I Nr. 250), wegen Unbestimmtheit der Klage (generalitas libelli; die Bestimmung der l. 3 C. de annal. except. 7, 40 vgl. Savigny V S. 320 gilt nach österr. Recht nicht), im Fall der §§. 384. 406 A. G. O u. s. w. Wird später die Klage in verbesserter Gestalt wieder angebracht, so kommt es für die Frage, ob diese nachträgliche Einbringung bezüglich der Unterbrechung der Verjährung zurückwirke, nach österr. Recht darauf an, ob der Richter eine Frist zur Reproducirung der Klage in verbesserter Gestalt vorgeschrieben hat (Hfdkrt 13. Febr. 1795 lit. i, Wessely Handb. I Nr. 25 vgl. auch §. 2 a. E. der prov. C. P. O., der jedoch eine für die vorliegende Frage bedenkliche Restriktion enthält) oder nicht: im ersten Fall wirkt die rechtzeitige Reproduktion der Klage in Ansehung der Unterbrechung der Verjährung zurück, in letzterem Fall dagegen gilt erst der Tag der Anbringung der verbesserten Klage als der Zeitpunkt der Unterbrechung; vgl. auch Rippel IX S. 155. 156, Ellinger ad §. 1497; a. A. Winiwarter Mater. VIII S. 186 Comment. V S. 265, Stubenrauch III S. 757 Note**. (Auch schon für das gemeine Recht wird behauptet, daß die Anbringung der verbesserten Klage in Ansehung der Unterbrechung der Verjährung zurückwirke, vgl. Unterholzner I S. 446 Nr. 4, Sintenis I §. 31 Note 53. Manche Gesetzgebungen, z. B. das hess. Ges. Art. 24 Nr. 2 vgl. Müller S. 155 fg. schreiben in passender Weise vor, daß, wenn die Klage wegen eines verbesserlichen Fehlers zurückgewiesen worden sei, die Verjährung dennoch als im Moment der Klaganstellung unterbrochen gelte, wenn nur Kläger binnen einer gewissen gesetzlich bestimmten Frist die Klage reproducire.)

29) Es ist im Hfdkrt v. 30. Jänn. 1819 (Anhang Nr. 86 Michel II Nr. 1446) ausdrücklich bestimmt, „daß in Verjährungsfällen die Verjährung nur durch die wirklich angebrachte Klage unterbrochen werde, daher ein bloßes Fristgesuch zur Einbringung einer solchen Klage, welche nur den Willen zu klagen andeutet, diese Wirkung niemals haben kann, somit auch keine Fristerweiterung zu diesem Zweck von dem Richter zu ertheilen ist." Es ist dieß besonders auch für den Fall eines Concurses wichtig, wenn die Forderung innerhalb des Anmeldungstermines zwar angemeldet, aber zur Überreichung der Liquidirungsklage vom Richter eine Frist bewilligt wurde: auch hier unterbricht erst die Einreichung der Liquidirungsklage die Verjährung (a. A. wohl mit Unrecht Blaschke in der Note 26a angef. Note; vgl. dagegen auch Renaud a. a. O.).

30) Es unterbricht daher auch die bloße Anmeldung einer Forderung bei der Verlassenschaftsabhandlung des verstorbenen Schuldners (§. 813 fg. a. b. G. B.) die Verjährung nicht (vgl. Urtheil des oberst. Gerichtsh. mitgetheilt in der G. Z. 1853 Nr. 6). Auch die Geltendmachung des Rechtsanspruchs in Form einer Einwendung (Einrede) unterbricht die zum Schutz desselben dienende Klage nicht, wenn der Prozeß ohne vorhergegangene Anerkennung des der Einrede zum Grunde liegenden Rechts von Seiten des Gegners liegen geblieben oder die Einrede ad separatum verwiesen oder aus einem anderen Grund nicht zur gerichtlichen Entscheidung gekommen ist; vgl. Unterholzner I §. 128, Savigny V S. 321, Sintenis I §. 31 Note 52 a. E. (Neuere Legislationen wie z. B. das hess. Ges.

den Rechtsanspruchs[31a]. Die Anstellung der Klage unterbricht aber nach österreichischem Recht die Verjährung nicht unbedingt; sie hat diese Wirkung vielmehr nur für den Fall, daß „die Klage gehörig fortgesetzt wird“ (§. 1497). Daß hienach die Unterbrechung als nicht geschehen zu betrachten sei, wenn der Berechtigte seine Klage wieder zurücknimmt, sei es auch mit Vorbehalt der Wiederanstellung derselben, kann nicht bezweifelt werden[32]. In gleicher Weise gilt die Unterbrechung als nicht geschehen, wenn der Prozeß unbeendigt liegen bleibt[32a]: es gibt also nach österreichischem Recht nicht so wie nach gemeinem Recht eine s. g. Perpetuation der Klagen, es beginnt von der letzten Gerichts- oder Parteienhandlung nicht eine neue Verjährung (s. g. Verjährung der Litispendenz[33]), sondern die alte Verjäh-

---

Art. 28 vgl. Müller S. 159 fg. haben in passender Weise auch dieser Inconvenienz billige Abhilfe geschaffen). Daß die Anbringung einer Widerklage (reconventio) die Verjährung unterbricht, braucht kaum hervorgehoben zu werden.

31) Es unterbricht also insbesondere eine außergerichtliche Mahnung die Verjährung nach österreichischen Recht (Zeiller IV S. 266) ebenso wenig als nach gemeinem Recht (für welches man früher öfters mit Unrecht das Gegentheil annahm, vgl. dagegen Unterholzner I §. 129 Note 441 II §. 262 a. E., Savigny V S. 315; manche Gesetzgebungen z. B. A. L. R. I 9 §. 561, hess. Ges. Art. 25 bestimmen dieß zum Überfluß ausdrücklich). Führt die Mahnung zur Anerkennung des Rechts, so ist natürlich die Verjährung unterbrochen, aber nicht in Folge der Mahnung, sondern in Folge der geschehenen Anerkennung; vgl. Wächter Handb. II §. 118 Note 37. Ebenso wenig wird die Verjährung durch Protestationen (wie solche früher als s. g. Manifestationen in Polen, vgl. Winiwarter Mater. VIII S. 184 Note 2, und zwar in auffallender Ähnlichkeit mit dem omnibus annis super dominio suo publice protestari der l. 2 C. h. t. vgl. Schirmer in den Noten 442. 444 zu Unterholzner I §. 130 vorkamen) oder durch öffentliche Aufforderungen unterbrochen, wie man in der ersten Zeit nach dem Erscheinen des bürgerl. Gesetzb. mit Unrecht meinte; vgl. dagegen J. E. v. G. Der §. 1480 a. b. G. B. oder: Was wirken Edikte zur Unterbrechung der Verjährung? (1816); vgl. auch Winiwarter Mater. VIII S. 485 Comment. V S. 264.

31a) Es versteht sich übrigens von selbst und wird einstimmig zugegeben (vgl. zuletzt Stubenrauch III S. 757), daß in solchen Fällen, wo der ordentliche Rechtsweg entweder gar nicht (z. B. im Fall von Syndikatsbeschwerden §. 1341 a. b. G. B.) oder nur über vorgängige Behandlung bei den politischen Behörden zuläßig ist, die Verjährung durch den der Anstellung der Civilklage entsprechenden Akt unterbrochen wird.

32) Vgl. Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1840 II S. 321 fg. Das hess. Gesetz sagt dieß ausdrücklich im Art. 24.

32a) Natürlich wird hier vorausgesetzt, daß nicht etwa vorher eine Anerkennung von Seiten des Beklagten erfolgt ist, in welchem Fall schon die Anerkennung die Verjährung unbedingt unterbricht.

33) Nach gemeinem Recht beginnt bekanntlich, wenn die Verjährung einmal

rung wird, wenn der Kläger den Prozeß liegen läßt[34], so fortgesetzt, als ob sie gar nicht unterbrochen worden wäre. So zweckmäßig nun

durch Insinuation der erhobenen Klage unterbrochen (resp. wie Andere lehren, Lis contestirt) worden ist, falls der Rechtsstreit unbeendigt liegen bleibt, von der letzten gerichtlichen Handlung an (ex quo novissima processit cognitio l. 9 C. h. t. 7, 39) eine neue Verjährung, welche ohne Unterschied, ob die erhobene Klage ursprünglich in dreißig Jahren oder in einer längeren oder kürzeren Frist verjährte, vierzig Jahre lang dauert (l. 9 cit. l. 1 §. 1 C. de annal. except. 7, 40 vgl. über diese s. g. Perpetuation der Klagen Unterholzner I §. 125 Nr. 5, Linde in der Gieß. Zeitschr. II S. 153 fg., Savigny V S. 322 fg., Wächter Erörter. III S. 96 fg., Buchka Einfluß des Prozesses II S. 55 fg., Vangerow I §. 152 Anm.). Wesentlich verschieden von dieser s. g. Verjährung der Litispendenz ist die s. g. Prozeßverjährung (Verjährung der Prozeßobligation), d. i. der Ablauf der Frist, über welche hinaus der Prozeß nicht dauern soll (vgl. darüber Francke Civilist. Abhandl. S. 74 fg., Keller Litis Contest. S. 131 fg., Linde in der angef. Abh. S. 154 fg., Buchka I S. 173 fg. II S. 52 fg., Unterholzner II §. 160 a, Wächter Erörter. III S. 36 Note 40, Vangerow I §. 152 Anm. 2): jene ist Verjährung des ganzen im Prozeß befangenen Klageanspruchs, diese ergreift bloß den obschwebenden Prozeß und schließt sich an die Wiederanstellung der früheren Klage, also die Einleitung eines neuen Rechtsstreites über denselben Anspruch nicht aus. Während die Verjährung der Litispendenz noch im heutigen gemeinen Recht gilt, ist dagegen das Institut der Prozeßverjährung (soweit man mit Rücksicht auf Justinian's Bestimmung in der l. 13 C. de judic. 3, 1 überhaupt noch von einer solchen sprechen kann vgl. Buchka II S. 52 fg., Unterholzner II S. 40) in Deutschland außer Anwendung vgl. Linde S. 183 fg., Unterholzner II S. 41 I §. 125 Note 434; das österr. Recht kennt beide Institute nicht.

34) Um sagen zu können, der Kläger habe den Prozeß liegen gelassen, muß der Prozeß überhaupt liegen geblieben sein; wird der Prozeß vom Beklagten wenngleich einseitig fortgesetzt, so gilt die Unterbrechung der Klage durch die Klaganstellung nicht etwa als nicht geschehen, da das Gesetz nur für den Fall der in späterer Zeit erfolgenden Wiederaufnahme des unbeendigten Rechtsstreits dem Kläger seine frühere wieder eingestellte Thätigkeit nicht anrechnen will, so daß der wiederaufgenommene Prozeß in dieser Beziehung als ein neuer anzusehen ist. Der (bei uns unverdient so genannte) mündliche Prozeß aber ist liegen geblieben, wenn beide Theile bei der Tagsatzung nicht erschienen sind und seither der Prozeß nicht wieder aufgenommen wurde (§. 30 A. G. O.); der schriftliche Prozeß, wenn Kläger oder Beklagter die betreffende Schrift innerhalb der ursprünglichen oder erweiterten Frist nicht eingebracht hat und hierauf eine Contumacirung nicht erfolgt ist, resp. wenn beide Theile von der Inrotulirungstagsatzung ausgeblieben sind (§. 243 a. b. G. B.). — Unsere Schriftsteller gehen über die wichtige Frage, wann „die Klage als nicht gehörig fortgesetzt zu betrachten sei" entweder gänzlich mit Stillschweigen hinaus (z. B. Zeiller IV S. 266, Stubenrauch III S. 757), oder sie besprechen (z. B. Scheidlein Miscell. V §. 120, Nippel IX S. 156) nur die Frage, ob im Fall von Erstreckungen und Fristerweiterungen die Klage als gehörig fortgesetzt zu betrachten sei, eine Frage, über deren Lösung kein Zweifel bestehen kann, da ja in solchen Fällen der Prozeß fortgeführt wird, also gar nicht liegen bleibt; nur bei Winiwarter Mater. VIII S. 188 (auf den Pachmann Verjährung S. 31 recurrirt) findet sich eine etwas eingehendere aber durchaus nicht erschöpfende Besprechung.

auch diese Bestimmung ist[35], so fehlt es doch im bürgerlichen Gesetzbuch[35a] an einer Bestimmung, wie lange der Prozeß unbeendigt liegen geblieben sein muß, damit die Unterbrechung als nicht geschehen zu betrachten sei: es wird also wohl das richterliche Ermessen mit sorgfältiger Berücksichtigung der Beschaffenheit des concreten Falls darüber zu entscheiden haben, ob der wieder aufgenommene Rechtsstreit in Folge der eine Zeit lang[36] dauernden Unthätigkeit des Klägers[36a] als liegen geblieben und daher die ursprünglich begonnene Verjährung als durch die Anstellung der Klage[37] nicht unterbrochen

35) In legislativer Hinsicht läßt sich die gemeinrechtliche (vierzigjährige) Perpetuation der Klagen sicher nicht billigen, da der Berechtigte hierdurch nur ein Mittel erhält, die Verjährungszeit zu prolongiren und so „seiner Säumigkeit in der Rechtsverfolgung desto gemächlicher zu fröhnen" vgl. Müller S. 39. 154. Andere neuere Gesetzgebungen lassen wenigstens von dem Moment an, wo der Rechtsstreit liegen bleibt, die frühere (kürzere) Verjährungsfrist von neuem anfangen, so das A. L. R. I 9 §. 554 (bei der Klagverjährung) und die bei Müller S. 38 in der Note angef. Gesetzgebungen.

35a) Andere Gesetzgebungen, welche von demselben leitenden Gedanken ausgehen, setzen in passender Weise eine Frist für die neuerliche Unthätigkeit des Klägers fest, so der Cod. civ. a. 2247 (Si le demandeur laisse périmer l'instance, l'interruption est regardée comme non avenue, vgl. Troplong II p. 129 sq.; als péremtion d'instance erscheint aber das Liegenlassen des Prozesses durch drei Jahre Cod. de procéd. civile a. 397; diese péremtion d'instance ist nichts anderes als eine Prozeßverjährung Note 33), ebenso das A. L. R. I 9 §. 605 (bei der Ersitzung) und das hess. Ges. Art. 24, vgl. Müller S. 36 fg.

36) Es wäre ebenso unrichtig als unbillig, wenn man die Unterbrechung der Verjährung schon in dem Moment als nicht geschehen ansehen würde, in welchem die betreffende prozessualische Handlung ausgeblieben ist, also z. B. schon im Moment der Circumduction des Termins (§. 30 A. G. O. vgl. Bayer Vortr. §. 160) oder des Ablaufs der zur Einbringung der Schrift bestimmten Frist, resp. in dem ersten Augenblick, in welchem die mögliche Contumacirung des Gegners nicht erfolgt. Es muß vielmehr seither einige Zeit verflossen sein, damit man annehmen könne, der Prozeß sei liegen geblieben: wie lange, das hat in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung der Richter nach seinem Ermessen zu bestimmen, der mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse zu beurtheilen hat, ob es sich im vorliegenden Fall um Wiederaufnahme eines liegengebliebenen Prozesses oder um Fortsetzung eines noch im Zug befindlichen Rechtsstreits handle.

36a) Es versteht sich von selbst, daß die noch nicht abgelaufene Verjährung durch Wiederaufnahme des Prozesses von Seiten des Klägers von neuem unterbrochen wird.

37) Wird im s. g. mündlichen Prozeß eine neue Tagsatzung angeordnet, oder hat der Beklagte noch eine Schrift (Einrede, Duplik, Gegenschlußschrift) zu erstatten, so kann er in dieser Rede den Umstand geltend machen, daß die Verjährung wegen des Liegengebliebenseins des nunmehr wieder aufgenommenen Prozesses als ununterbrochen resp. als beendet zu betrachten sei; ist aber die Sachlage der Art, daß der Kläger, der den Prozeß wieder aufnimmt, um Anordnung einer Tagsatzung

anzusehen sei. — Ist der Prozeß bis zu einem rechtskräftigen condemnatorischen Urtheil geführt, so tritt eine neue (dreißigjährige) Verjährung der aus dem Urtheil entspringenden Klage (actio judicati) ein (vgl. unten §. 133)[38]. Wird dagegen der Kläger mit seinem Anspruch völlig abgewiesen, ist also das Urtheil ein absolutorisches, so ist der Beklagte schon ohnehin dadurch geschützt, daß er sich gegen jede Erneuerung des Klageanspruchs auf das rechtskräftige Urtheil (rei judicatae exceptio) berufen kann, daher es auf Verjährung nicht weiter ankommt[39]. Die Schlußbestimmung des §. 1497 a. b. G. B.: „Wird die Klage durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt, so ist die Verjährung für ununterbrochen zu halten", ist nicht, wie allgemein geschieht[40], auf die Klagenverjährung

---

zur Inrotulirung der Akten ansucht (also wenn die Einrede oder Duplik nicht erstattet wurde oder beide Theile von der angeordneten Inrotulirungstagsatzung ausgeblieben sind), so kann der Beklagte wohl bei dieser Inrotulirungstagsatzung jenen Umstand noch zur Sprache bringen: auf diese interessante Frage des Prozeßrechts näher einzugehen, ist jedoch hier nicht der Ort.

38) Dieß gilt ebenso nach gemeinem Recht, vgl. Buchka Einfluß II S. 80, Savigny V S. 324. 325 u. A. — Manche neuere Gesetzgebungen sagen dieß ausdrücklich, so A. L. R. I 9 §§. 558, hess. Ges. Art. 26. Auch unsere Schriftsteller (vgl. Zeiller IV S. 266, Winiwarter Mater. VIII S. 187, Scheidlein Miscell. V §. 124, Nippel IX S. 157, Stubenrauch III S. 757) sind darüber einig, daß nach der Rechtskraft des condemnatorischen Urtheils eine neue Verjährung beginne; doch ist man über Gegenstand und Dauer dieser Verjährung nicht immer richtiger Ansicht, vgl. unten §. 133.

39) Vgl. Unterholzner I S. 445 Nr. 2. Das A. L. R. I 9 §. 557 bestimmt: „Hat er (Kläger) ein wirkliches Erkenntniß, wodurch er abgewiesen worden, rechtskräftig werden lassen, so hat es dabei lediglich sein Bewenden."

40) Vgl. z. B. Scheidlein Miscell. V §. 124, Winiwarter Mater. VIII S. 188, Nippel IX S. 158, Pachmann Verjähr. S. 31, Stubenrauch III S. 757. — Die Beziehung der Schlußbestimmung des §. 1497 auf die Klagenverjährung erweist sich zunächst als vollkommen unpraktisch und überflüssig. Wenn nemlich der sachfällig gewordene Kläger später seinen Klageanspruch erneuert, so braucht der Beklagte sich gar nicht darauf einzulassen, ob die Verjährungszeit abgelaufen und der Klageanspruch dadurch zerstört ist oder nicht: er macht einfach von der prozeßhindernden exceptio rei judicatae ersprießlichen Gebrauch, legt also, ohne in das Meritorium der Sache einzugehen, die Klage mit Berufung auf die res judicata zurück. Eine praktische Bedeutung könnte die Schlußbestimmung des §. 1497 nur mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 373 A. G. O. erlangen (vgl. auch Pachmann §. 13 Note 30), wonach der Läsus, welcher die Restitution ob noviter reperta ansucht, „befugt ist, sie zu begehren, so lange sein Recht nicht verjährt ist." Über den Ausdruck „sein Recht" herrschen bekanntlich zwei Ansichten: die eine versteht darunter das Recht auf Restitution, die andere das materielle Privatrecht selbst, welches den Gegenstand des früheren Rechtsstreites ausgemacht hat. (Die erstere Ansicht, welche schon J. S. Rizy Anmerkung zur A. G. O. 1786 II

(oder überhaupt auf die Extinktivverjährung), sondern ausschließlich auf die erwerbende Verjährung, die Ersitzung[10a], zu beziehen.

S. 131. 132 angedeutet und Pratobevera Mater. VI S. 181 fg. mit treffenden Gründen vertheidigt hat, ist sicher die allein haltbare und richtige. [Nur kann man wohl nicht mit Pratobevera S. 183 den Zeitraum von drei Jahren ex die noviter repertorum als die Restitutionsfrist ansehen, sondern hat für das österreichische Recht eine vom Tag des anfechtbaren Urtheils an zu berechnende Verjährung von 30 Jahren anzunehmen, vgl. auch Rizy a. a. O.; wurde doch auch früher in der Theorie häufig, vgl. z. B. Glück V S. 445 und die bei ihm S. 446 Note 55 Angef., wenngleich, wie h. z. T. allgemein erkannt wird vgl. Unterholzner II §. 155, Linde Handb. des Prozeß. Bd V §. 283, Bayer Vortr. §. 332 Nr. I, mit Unrecht, eine dreißigjährige Verjährungsfrist für die Restitution ob noviter reperta behauptet, und gilt doch auch noch h. z. T. in der gemeinrechtlichen Praxis für den Fall der Restitution wegen verfälschter Beweismittel — vgl. 234 fg. A. G. O. §. 368. §. 349 prov. C. P. O., Pratobevera S. 205. 208 fg., der jedoch in diesem Rechtsmittel mit Unrecht eine Nullitätsquerel im Gewande des Restitutionsgesuchs sieht, cf. l. 33 D. de re judic. 42, 1 l. 3. 4 C. si ex falsi 7, 58 — eine dreißigjährige Restitutionsfrist vom Tag der Feststellung der Fälschung durch Urtheil, vgl. Linde S. 729. 732, Bayer Vortr. S. 1103 fg., Unterholzner II S. 19, vgl. jedoch Osterloh II §. 259 Note 20.] Die letztere Ansicht, welche ebenso unjuristisch als unpraktisch ist, muß wohl als die herrschende in Theorie und Praxis angesehen werden, vgl. Nippel Erläuter. der A. G. O. II S. 388 fg., Füger Gerichtl. Verfahr. II S. 78 fg.; sie ist mit anderen, alten und neuen, Irrthümern im §. 367 der prov. C. P. O. für Ungarn u. s. w. wiederzufinden, welcher in Ansehung der Frist für die Restitution des Beklagten eine empfindliche Lücke enthält, die von Schuster Civilprozeßord. 2. Aufl. S. 567 Note 2 in einer Weise ergänzt worden ist, welche am besten lehrt, wie ein Irrthum den anderen und größeren erzeugt. Mag man nun der einen oder der anderen Ansicht über den §. 373 A. G. O. sein, immer würde die Schlußbestimmung des §. 1497 durch ihre Beziehung auf denselben eine Bedeutung erlangen, welche eben so nachtheilig als gewiß unbeabsichtigt wäre. Denn bei längeren Verjährungsfristen könnte der Kläger, mag er auch gleich nach der Nativität der Klage dieselbe angestellt haben, durch die nicht ihm zuzuschreibende Dauer des Prozesses leicht um jenes Rechtsmittel ganz und gar kommen, da die Verjährung, die nunmehr bei Sachfälligkeit des Klägers der hier bekämpften Auslegung des §. 1497 zufolge als ununterbrochen zu betrachten wäre, längst abgelaufen und hiemit der Rechtsanspruch des Klägers zerstört wäre. Die Schlußbestimmung des §. 1497 wäre dieser Auffassung zufolge für eine große Anzahl von Fällen nichts anderes als eine thatsächliche Beseitigung des Rechtsmittels der Restitution gegen ein Urtheil. Darf man nun wohl annehmen, daß durch jene Bestimmung des materiellen Rechtsbuchs eine so wichtige und unbillige Änderung des formellen Rechts herbeigeführt werden wollte und sollte? Darf man wohl annehmen, daß während das römische Recht eine Restitution gegen den schuldlosen Verlust einer Klage ja selbst einer Servitut durch Verjährung (resp. non usus) gewährt, nach österr. Recht umgekehrt eine Verjährung als fortlaufend betrachtet werden soll, um die im Prinzip zugestandene Restitution für eine große Anzahl von Fällen faktisch zu beseitigen? Und spricht nicht gegen die hier bekämpfte Auslegung schon der Umstand, daß der §. 1497 eines „rechtskräftigen Spruchs" erwähnt,

Die Unterbrechung der Klagverjährung, sie mag durch Anerkenntniß des Rechts oder durch Anstellung der Klage geschehen, wirkt nur gegenüber jenen Personen und ihren Rechtsnachfolgern, zwischen welchen die betreffende Unterbrechungshandlung zu Stande kam [41]. Die Frage, ob diese Regel nach österreichischem Recht auch bei Correalobligationen zur Anwendung komme, oder ob wie nach gemeinem

---

während nach österr. Recht bekanntlich (vgl. Pratobevera S. 172 fg., Linde Handb. V §. 287) die Restitution ob noviter reperta auch gegen ein nicht in Rechtskraft erwachsenes Urtheil zulässig ist? Erweiset sich sonach die Schlußbestimmung des §. 1497, dafern man sie auf die Klagverjährung bezieht, als überflüssig, so weit sie unpraktisch wäre, als unbillig und hart, so weit sie praktisch wäre, so ist man wohl berechtigt, das Wort „Verjährung" im Schlußsatz des §. 1497 in dem engeren Sinn als erwerbende Verjährung (Ersitzung) zu nehmen, in welchem es auch sonst noch im Gesetzbuch vorkommt (vgl. z. B. §. 480 a. b. G. B. und oben §. 104 Note 18). (In den Ländern, wo die provis. C. P. O. gilt, muß man hienach wohl annehmen, daß von der Rechtskraft des Urtheils an die frühere Verjährung der Klage von neuem beginne, um zu beurtheilen, wann das Recht auf Restitution ob noviter reperta als verjährt zu betrachten sei.)

40a) Nach österr. Recht (§. 1497 a. b. G. B.) wird nemlich unzweifelhaft auch die Ersitzung durch Anstellung der Klage direkt unterbrochen. (Dieß wurde früher auch in der gemeinrechtlichen Theorie behauptet und neuerlich wieder von Wächter Erört. III S. 100 fg. und Stephan im civil. Archiv Bd XXXIV Nr. 8 vertheidigt, während die herrschende Ansicht mit Recht dahin geht, daß die Ersitzung selbst durch die Litiscontestation nicht direkt unterbrochen werde, daß aber die später vollendete Ersitzung dem siegenden Kläger gegenüber nichts fruchte; Fragm. Vatic. §. 12 l. 17 — 21 D. de R. V. l. 2 §. 21 D. pro emt. 41, 4 vgl. Unterholzner I §§. 126. 127, Keller Lit. Cont. S. 173 fg., Savigny VI S. 55 fg., Vangerow I §§. 160. 323, Arndts §. 163.) Für diesen Fall war es nun allerdings von großer Wichtigkeit, bestimmt auszusprechen, daß die Ersitzung, wie sie überhaupt durch Anstellung der Klage nur relativ (diesem Kläger gegenüber vgl. Arndts §. 163 Anm. 2) unterbrochen wird, als ununterbrochen zu betrachten sei, wenn der Kläger den Prozeß liegen läßt (vorausgesetzt, daß nicht Beklagter durch Mittheilung der Klage wirklich in malam fidem versetzt wurde) oder denselben verliert. (Auch die älteren Schriftsteller haben diese Restriktion der Wirkung der s. g. interruptio civilis bei der Ersitzung ausdrücklich hervorgehoben, vgl. z. B. Thibaut Besitz S. 79, Höpfner Comment. §. 397, Glück Bd IX S. 153.)

41) Vgl. Unterholzner I §. 125 Nr. 1. Es unterbricht daher insbesondere die Anstellung der persönlichen Klage oder die Anerkennung der Schuld von Seiten des persönlichen Schuldners nicht die zu Gunsten des dritten Pfandbesitzers laufende Verjährung der Hypothekarklage (vgl. Thon in der angef. Abh. S. 5 in der Note, gegen die unrichtige Ansicht von Unterholzner II S. 273, ferner Savigny V S. 321; dieser wichtige Satz ist zu wiederholten Malen vom obersten Gerichtshof anerkannt worden, vgl. z. B. das Urtheil v. 26. Nov. 1856, mitgeth. in der G. Z. 1858 Nr. 31). Ebenso im umgekehrten Fall. Dagegen unterbricht wohl auch nach österr. Recht, wie nach römischem (l. 3 C. de annal. exc. 7, 40), die Anstellung der persönlichen Klage gegen den Personalschuldner die gegen denselben zustehende Hypothekarklage.

Recht (l. 5 C. de duob. reis 8, 40) so auch nach österreichischem Recht der von oder gegenüber einem Correus vorgenommene Unterbrechungsakt auch in Beziehung aller übrigen der Handlung fremd gebliebenen Correi die Verjährung unterbreche, kann nur in einer zusammenhängenden Darstellung der Lehre von den Correalobligationen ihre befriedigende Lösung finden.

3) Ein eigenthümlicher Unterbrechungsgrund der Klagenverjährung wird für das österreichische Recht durch das Institut der öffentlichen Bücher hervorgebracht. Bei intabulirten Forderungen wird nemlich durch die Eintragung des Cessionars[41a], der „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher" die Forderung entgeltlich[42] erworben hat, die Verjährung der Hypothekarklage (nicht auch der persönlichen Schuldklage) unterbrochen (arg. §. 1500 a. b. G. B.)[42a].

δ. Wirkung der Klagenverjährung.

§. 122. Die Wirkung der Klagenverjährung ist der Untergang der Klage. Die berühmte Streitfrage[1], ob hier unter Klage (actio) bloß das Recht zur selbständigen gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs oder der gerichtlich verfolgbare Rechtsanspruch selbst zu ver-

---

41a) Oder vielmehr schon durch die Überreichung des Gesuches um Eintragung, vgl. §. 440 a. b. G. B. und Verordn. vom 12. Dec. 1785.

42) Geht die intabulirte Forderung auf den Erben über, so findet eine Unterbrechung der Verjährung ebenso wenig statt, als wenn die intabulirte Forderung auf einen Legatar oder Donatar, also ex causa lucrativa übergeht, da solche Personen nicht „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher" handeln, und da die durch das Institut der öffentlichen Bücher bewirkten Modifikationen nicht weiter ausgedehnt werden dürfen, als es der Verkehr fordert (vgl. auch die dieselbe Unterscheidung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Singularsuccession machende l. 4 §§. 27. 29 D. de dol. mal. except. 44, 4). Wohl mit Unrecht beziehen unsere Schriftsteller den §. 1500 a. b. G. B. auf jeden Partikularnachfolger, ohne weiter zu unterscheiden, ob er causa onerosa oder lucrativa succedirt, vgl. Zeiller IV S. 271. 272, Winiwarter Mater. VIII S. 198 fg., Scheidlein S. 180 fg. Stubenrauch III S. 759. 760.

42a) Diese Unterbrechung stellt sich aber eigentlich nur als eine Ausschließung der an sich zulässigen accessio temporis zu Gunsten des Cessionars heraus; s. oben §. 120 Note 15.

1) Die Literatur dieser Streitfrage s. bei Vangerow Pandekt. I §. 151 Anm., Sintenis Prakt. Civilr. I §. 31 Note 57 und Schirmer in der Note* zu Unterholzner II S. 293. — Insbesondere hervorzuheben sind Francke Civilistische Abhandlungen (1826) Nr. II S. 73 fg., Löhr im civil. Archiv Bd X (1827) S. 72 fg., Guyet daselbst Bd XI (1828) Nr. V S. 62 fg., Heimbach in der Gieß. Zeitschr. Bd I (1828) S. 436 fg., Savigny V §§. 248—251,

stehen sei[2], ist nach österreichischem Recht sicher dahin zu entscheiden, daß durch die Verjährung nicht bloß die Klagbarkeit des Anspruchs, sondern der klagbare Anspruch selbst verloren geht: die Verjährung der Klagen ist eine Verjährung der klagbaren Ansprüche[2a]. Insofern der klagbare Anspruch den alleinigen Inhalt des Rechts bildet, welches der Klage zum Grunde liegt, insofern also das ganze Recht von der Klage befaßt wird und in der Actio seinen erschöpfenden Ausdruck findet, zieht der Verlust der Klage durch Verjährung auch den Verlust des Rechtes nach sich, und es geht in solchen Fällen mit der Klage das Recht selbst unter[3]. In dieser Beschränkung[4] kann man allerdings sagen, daß nach öster-

---

Büchel Civilrechtl. Erörter. I (2. Aufl. 1847) Nr. I „Über die Wirkung der Klagenverjährung" S. 1—119; vgl. auch Wächter Hdb. II §. 119, Windscheid Die Actio S. 37 fg., Demelius Untersuchungen I S. 64 fg., Brinz Pandekt. I S. 161 fg.

2) Darüber, daß diese Streitfrage so zu fassen ist, vgl. Windscheid Die Actio S. 37. 38 und Schirmer in der angef. Note. Man kann mit Savigny S. 373 die Frage auch so stellen, ob eine stärkere oder schwächere Wirkung der Klagenverjährung anzunehmen sei? Über eine andere Fassung der Frage vgl. Note 4a.

2a) Zu weit geht Windscheid Die Actio S. 38, wenn er behauptet, daß „der Ausdruck Klagenverjährung, so fest er gewurzelt sei, aufzugeben sei"; es hängt dieß mit seiner oben §. 113 Note 19 bekämpften Ansicht zusammen, daß man h. z. T. nicht mehr von Klagen, sondern nur von gerichtlich verfolgbaren Ansprüchen reden solle. — Gegen den von Wächter II §. 118 gebrauchten allgemeinen Ausdruck „Schuldverjährung" vgl. Windscheid S. 38.

3) Darin, daß hier mit der Klage das Recht untergeht, also der Untergang der Klage das Prius ist, liegt das unterscheidende Kriterium der Klagverjährung von anderen Fällen, in welchen mit dem Recht die Klage untergeht, also der Verlust des Rechts das Prius ist, welches den Verlust der Klage zur nothwendigen Folge hat; so ist z. B. im Fall des §. 1488 a. b. G. B. keine Klagenverjährung vorhanden, da die Klage (die actio confessoria) durch den Untergang der Servitut absorbirt wird (vgl. auch Savigny V §. 239 Note k).

4) Der Irrthum mancher gemeinrechtlichen Schriftsteller (z. B. Kori Verjähr. §. 52, Linde in der Gieß. Zeitschr. II S. 253, Löhr in der Note 1 angef. Abh.), welche die stärkere Wirkung der Klagenverjährung annehmen, besteht darin, daß sie den Satz: die Klagenverjährung ist eine Rechtsverjährung, allgemein und ohne Beschränkung aufstellen. Ebenso unrichtig ist es, wenn manche österr. Schriftsteller (z. B. Winiwarter Mater. VIII S. 17 fg., Pachmann Verjähr. §. 22, Stubenrauch III S. 729) den allgemeinen Satz aufstellen, daß nach österr. Recht zwischen Klagverjährung und Rechtsverjährung nicht zu unterscheiden sei. Dieses in seiner Allgemeinheit unrichtige Prinzip ist das Resultat eines ungenügenden Induktionsschlusses, und führt bei einzelnen Fragen zu Unrichtigkeiten der einen oder andern Art, vgl. Note 13.

reichischem Recht die **Klagenverjährung** eine **Rechtsverjährung** ist[4a].

Hiernach hat die Klagenverjährung im Einzelnen folgende Wirkungen:

1) Bei klagbaren[5] **Obligationen** erlischt mit der Verjährung der persönlichen Klage das Forderungsrecht selbst[6], und zwar in der Regel sammt allen mit demselben verbundenen Nebenrechten, da die Obligatio ihrem Wesen nach mit der Actio zusammenfällt und in derselben ihren erschöpfenden Ausdruck findet[7]. Es besteht also nach

---

4a) In Ansehung der Obligationen (und des Pfandrechts) kann man daher die Frage nach der Wirkung der Klagverjährung auch so stellen: geht durch die Klagverjährung auch das Recht oder nur die Klage unter? Gegen diese Fassung der Frage hat sich Savigny V §. 248 wohl mit Unrecht erklärt (vgl. dagegen auch Windscheid Die Actio §. 7 Note 3), da der Umstand, daß die Verjährung ope exceptionis oder ipso jure wirkt, auf den Umfang dieser Wirkung keinen Einfluß hat, und die Frage eben die ist, welche Tragweite die gemeinrechtliche exceptio temporis habe, ob sie bloß die Klage oder auch das Recht treffe, vgl. Büchel S. 24 fg. S. 26 Note 1. S. 106 fg.

5) Ist die Obligatio eine unklagbare (z. B. im Fall des §. 943 a. b. G. B.), so kann von einem Untergang derselben durch Klagverjährung natürlich keine Rede sein (oben §. 104 Note 76); es wird denn auch allgemein anerkannt, daß es bei Naturalobligationen keine Extinktivverjährung gebe, vgl. Savigny V S. 369.

6) Darauf deuten, ganz abgesehen von der älteren Auffassung, wonach alle Rechte durch Nichtgebrauch untergehen sollen (§. 1479 a. b. G. B.), schon die in den §§. 933. 1449. 1479. 1483. 1487. 1491 gebrauchten Ausdrücke („das Recht, die Forderung, die Verbindlichkeit erlischt") mit Bestimmtheit hin. In den §§. 1489. 1490 a. b. G. B. wird zwar davon gesprochen, daß die Klage, das Klagrecht verjährt: allein es ist nicht zu bezweifeln (und wird auch nicht bezweifelt), daß hier unter Klage (Klagrecht) die klagbare Forderung selbst zu verstehen sei, wie denn auch die Vertheidiger der stärkeren Wirkung für das gemeine Recht die Quellenausdrücke submovetur, exstinguitur actio auf die obligatio selbst beziehen, für welche in den Quellen so häufig der Ausdruck actio steht, vgl. Vangerow I S. 263 Nr. 2, Büchel S. 37 fg. 69 fg.: immerhin aber deuten diese §§. 1489. 1490 a. b. G. B. an, daß, was hier untergeht, zunächst die Klage ist, welche jedoch in ihrem Untergang auch das Recht nachzieht.

7) Es werden daher Bürgen und Pfänder (vgl. jedoch Text zu Note 11) frei (vgl. einerseits den gründlichsten und scharfsinnigsten Vertheidiger der stärkeren Wirkung Büchel I S. 42 fg. 68. 73 fg. 80 fg., anderseits den der schwächeren Wirkung Savigny V S. 386 fg. 397 fg.). Insbesondere erlischt auch das Recht auf rückständige Zinsen, wenngleich für diese die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist, durch die Verjährung der Hauptschuld l. 26 pr. C. de usur. (4, 32). „Der Grund dieser scheinbaren Anomalie liegt in der accessorischen Natur dieser Leistungen, womit die Verfolgung derselben nach verlorener Hauptklage in Widerspruch stehen würde. Dazu kommt der mehr praktische Grund, daß gerade bei Geldschulden die Klagverjährung auch auf der Präsumtion der Tilgung beruht; ist

österreichischem Recht[7a] nach abgelaufener Verjährung die Obligatio auch nicht als naturalis (klaglose) fort: die verjährte Forderung ist vielmehr gänzlich untergegangen[8], und kann daher von dem früheren Gläubiger in keiner Weise mehr geltend gemacht[8a], insbesondere auch nicht gegen eine nach abgelaufener Verjährung entstandene Schuld zur Compensation benützt werden[9]. Wenn jedoch der Schuldner die

---

aber wirklich die Tilgung erfolgt, so ist damit auch jeder fernere Anspruch auf Zinsen aufgehoben." Savigny V S. 311. Aus diesen Gründen muß die Bestimmung der l. 26 pr. C. cit. auch in Österreich gelten (Bd I S. 604), was man öfters (so neuerlichst Stubenrauch III S. 737) mit Unrecht in Abrede gestellt hat, vgl. Bd I §. 66 Note 35.

7a) Ebenso nach preußischem (A. L. R. I 9 §§. 501. 502. 564 I 16 §. 7) und französischem Recht (Cod. civ. art. 1234. 2219), vgl. auch Savigny V S. 406. 407, desgleichen nach allen neueren Gesetzgebungen vgl. Müller S. 42 in der Note. Daß die stärkere Wirkung der Klagenverjährung in legislativer Hinsicht den Vorzug vor der schwächeren verdiene, kann kaum bezweifelt werden. Nach gemeinem Recht ist bekanntlich diese Frage die eigentliche Streitfrage; eine summarische Übersicht der verschiedenen Meinungen s. bei Arndts §. 277 Anm. 1; vgl. auch Schirmer in der angef. Note* zu Unterholzner II S. 293.

8) Es kann daher für die verjährte Forderung weder eine Bürgschaft eingegangen, noch ein Pfandrecht bestellt werden, natürlich vorausgesetzt, daß der Schuldner nicht etwa auf die Verjährung verzichtet. Was die Novation der verjährten Forderung betrifft (vgl. Savigny V S. 404. 405), so kommt es darauf an, ob der novirende Schuldner im Bewußtsein, daß die Schuld verjährt sei, die Novation einging, oder ob er sich darüber im Irrthum befand: im ersten Fall ist die Novation ohne weiteres gültig, da in der Handlung des Schuldners ein Verzicht auf den Vortheil der Verjährung liegt; in letzterem Fall hängt die Entscheidung von der Lösung der Vorfrage ab, ob bei einer aus Irrthum vorgenommenen Novation dieselben Grundsätze wie für die solutio indebiti zu gelten haben (vgl. Bähr Die Anerkennung S. 46, Unger Inhaberpap. S. 165) oder nicht (vgl. Arndts in der krit. Überschau IV S. 224), eine Frage, die für das österr. Recht wohl in verneinendem Sinn zu beantworten ist. In gleicher Weise ist die Frage zu lösen, welche Wirkung ein nach Verjährung der Schuld geschlossener Anerkennungsvertrag habe.

8a) Also auch nicht in Gestalt einer Einrede (per modum exceptionis), da es derselben nach gänzlichem Untergang des Forderungsrechts am rechtlichen Fundament gebrechen würde; vgl. auch unten §. 126.

9) Daß die Zulassung der verjährten Forderung zur Compensation gegen eine später entstandene Forderung in Widerspruch stünde, sowohl mit der Präsumtion der Tilgung nach abgelaufener Verjährungszeit als mit dem Zweck der Klagenverjährung, indem dieselben Thatsachen, welche die Grundlage der nunmehr verjährten Klage gebildet hatten, nun doch zum Fundament einer Einrede gebraucht würden, wird selbst von manchen Vertheidigern der schwächeren Wirkung zugegeben (vgl. Arndts §. 277 Anm. 1 a. E.) und daher die zurückbleibende Naturalobligatio als untauglich zur Compensation erklärt, vgl. z. B. Unterholzner II §. 258 a. E., Dernburg Compens. S. 439, während Andere, wie z. B. Weber Lehre von der natürl. Verbindl. §. 92 und Savigny V S. 403. 404 die

verjährte Schuld aus Irrthum bezahlt, so kann er zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des §. 1432 a. b. G. B. das Gezahlte nicht zurückfordern[10]. Ebenso besteht die singuläre Vorschrift, daß trotz

---

Naturalobligatio auch mit dieser Wirkung fortbestehen lassen, also annehmen, daß die verjährte Schuldforderung auch gegen eine später entstandene Gegenforderung zur Gegenrechnung gebraucht werden könne (vgl. Büchel S. 96 Note 9). Gegen eine vor Ablauf der Verjährungszeit entstandene Forderung kann die später verjährte Gegenforderung immer zur Compensation benützt werden, vgl. Büchel I S. 15. 16, Dernburg Compensat. S. 436. 437 (vgl. auch A. L. R. I 16 §. 377 und Art. 20 des heff. Gef., Müller S. 134 fg.); das Nähere im Obl. R.

10) Folgerecht müßte man behaupten, daß die Zahlung einer verjährten Schuld mit der indebiti condictio zurückgefordert werden könne, wenn nicht der Schuldner in Kenntniß des Verjährtseins der Forderung gezahlt habe, und diese Behauptung wird denn auch mit Recht von den Anhängern der stärkeren Wirkung der Klagenverjährung aufgestellt (vgl. z. B. Vangerow I S. 265 und Büchel S. 2. 82 fg. auf Grundlage der freilich noch eine andere Auslegung zulassenden l. 25 §. 1 D. rat. rem hab. 46, 8; ferner Wächter II S. 820 und Troplong I p. 39. 40, vgl. aber auch die Literaturnotizen bei Müller S. 186 Note 17). Das österr. Gesetzb. enthält im §. 1432 ausdrücklich die entgegengesetzte Bestimmung. Daß man aus dieser Bestimmung nicht etwa auf das Zurückbleiben einer naturalis obligatio im technischen Sinn (einer klaglosen Obligatio) nach erfolgter Verjährung schließen könne, lehrt einerseits die Zusammenstellung der verjährten Forderung mit der wegen Mangels positiver Förmlichkeiten ungültigen Schuld (oben §. 86 Note 7, vgl. auch Pachmann Verjähr. S. 62), andererseits die Unterscheidung der verjährten Forderung von solchen Forderungen, „zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt". Jene singuläre Bestimmung erklärt sich wohl daraus, daß nach den Grundsätzen des Naturrechts die Verjährung als ein rein positives Institut angesehen wurde, dessen Wirkungen so viel als möglich restringirt werden müßten, um den Prinzipien des Naturrechts nicht zu viel Abbruch zu thun (vgl. Zeiller IV S. 160). Es besteht somit (vgl. oben §. 104 Note 75) nach eingetretener Verjährung der Forderung nur eine Naturalobligation im weiteren uneigentlichen Sinn (der l. 32 §. 2 D. de cond. indeb. 12, 6 vgl. Puchta Instit. Bd II §. 208 Note nn Bd III S. 66, vgl. jedoch auch Savigny Obl. R. I §. 12 Nr. 1), das heißt zwar eine sittliche (s. g. unvollkommene) Pflicht (pietatis causa) nicht aber eine rechtliche (s. g. vollkommene) Verbindlichkeit zur Bezahlung der verjährten Schuld (vgl. auch A. L. R. I 16 §§. 178. 179, doch ist die Frage nach preuß. Recht streitig), oder, wie man sich früher ausdrückte, eine zwar nicht bürgerliche wohl aber naturrechtliche Verbindlichkeit. (Eigenthümlich ist der Grund, den Stubenrauch III S. 668 für die Unzulässigkeit der condictio indebiti in diesem Fall angibt; er findet ihn, gewiß mit Unrecht, darin, daß „nach §. 1501 auf die Verjährung ohne Einwendung der Parteien von amtswegen kein Bedacht zu nehmen sei": als ob sich nicht gerade der mit der condictio indebiti auftretende Schuldner vor Gericht auf die Verjährung zur Darthuung des indebite solutum berufen würde! Ein anderer Grund, den Stubenrauch III S. 761 angibt, daß nemlich die irrthümliche Zahlung der verjährten Schuld als stillschweigende Verzichtleistung auf die Verjährung anzusehen sei, ist gleichfalls unhaltbar, da er im Widerspruch steht mit der Fundamentalregel, daß errantis nulla est volun-

der Verjährung der Schuldforderung das Faustpfand „so lange es der Gläubiger in Händen hat" fortbesteht (§. 1483 a. b. G. B.)[11]: es dauert hier aber nicht das Pfandrecht fort, weil etwa nach der Klageverjährung noch eine obligatio naturalis übrig bleibt, sondern es besteht umgekehrt die verjährte Obligatio ausnahmsweise als naturalis fort, weil und so lange das Faustpfandrecht fortdauert, so daß man in dieser Beziehung allerdings auch für das österreichische Recht[11a] sagen muß: remanet propter pignus obligatio naturalis

tas, oben §. 94 Note 57. Nicht minder unstichhaltig sind die von Winiwarter Comment. V S. 105 Mater. VIII S. 202 angegebenen Gründe.) Die Ausnahme, welche §. 1433 a. b. G. B. von der angeführten Regel des §. 1432 a. b. G. B. macht, erklärt sich daraus, daß hier persona locum facit repetitioni, cf. l. 29 D. de cond. indeb. (12, 6) vgl. oben §. 76 Note 25. (Auch das hess. Ges. Art. 33 Abs. 2 schließt die Rückforderung der irrthümlich gezahlten verjährten Schuld unbedingt aus, aber in einer Fassung und mit einer Motivirung — vgl. Müller S. 182 fg. — welche sich nicht rechtfertigen lassen.)

11) Diese Bestimmung des §. 1483 a. b. G. B. (vgl. §. 620 Thl III des westgal. Gesetzb.) wurzelt wohl einerseits in der deutschrechtlichen Anschauung, daß das Pfand die Forderung gleichsam absorbire und das Pfandrecht ein selbständiges nicht ein bloß accessorisches Recht sei (vgl. Beseler System II §. 95), andererseits in der Vorstellung, daß der Pfandgläubiger in der Pfandsache die Forderung selbst, nemlich ihren Geldwerth (vgl. Savigny V S. 314) habe, daß also „die Verpfändung eine durch den Werth des Pfandes gesicherte Zahlung vorstelle" (Zeiller IV S. 242). Zeiller a. a. O. motivirt die Bestimmung des §. 1483 auch damit, daß „der Schuldner die Forderung ungeachtet der unterbliebenen Einmahnung schon dadurch, daß er das Pfand als Sicherstellungsmittel der Forderung nicht zurückbegehrt, stillschweigend anerkennt". Diese Auffassung (der Scheidlein V §. 71 beistimmt und welche sich auch bei Savigny V S. 303 findet) ist wohl unrichtig (vgl. dagegen auch Nippel IX S. 98, der aber selbst wieder den unrichtigen Grund angibt, daß im Behalten der Pfandsache eine theilweise Ausübung des Pfandrechts liege [vgl. dagegen Bd I §. 61 Note 81 Bd II §. 104 Note 55], ferner Winiwarter Mater. VIII S. 112 fg. Comment. V S. 216 fg., der aus der „Tilgung" des §. 469 a. b. G. B. Schlüsse zieht, die er gleich darauf, S. 219, wieder ignorirt). Vor Allem findet jene angebliche stillschweigende Anerkennung weder nothwendig noch immer statt: man nehme nur den Fall, daß der Schuldner stirbt und einen Erben hinterläßt, der weder von der Schuld noch von der Verpfändung etwas weiß. (Auch die von Savigny §. 241 Note g angezogene l. 7 §. 5 C. h. t. 7, 39 spricht nur von einer Unterbrechung der Verjährung durch Übergabe des bestellten Pfandes oder Bestellung eines neuen Pfandes, vgl. Savigny selbst S. 314.) Läge aber in der That im Besitz des Pfandes eine stets wiederholte Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners, so müßte hierdurch die Verjährung der Schuldklage ausgeschlossen werden, also die Forderung in ihrem ganzen Umfang und zwar als obligatio civilis fortbestehen, was doch nach österr. Recht (vgl. §. 1483 a. b. G. B.) entschieden nicht der Fall ist.

11a) In ähnlicher Weise, wie manche gemeinrechtliche Vertheidiger der stärkeren Wirkung (vgl. insbes. die scharfsinnigen Ausführungen von Büchel S. 42 fg.

(l. 59 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1). Die Fortdauer der verjährten Obligatio ist daher nur soweit anzunehmen, als die Fortdauer des Pfandrechts dieß erfordert[12]: erreicht also der Werth der verpfändeten Sache nicht die Höhe der verjährten Forderung, so kann der Überrest weder im Weg der Klage noch im Weg der Einrede (Compensation) hereingebracht werden, §. 1483 a. b. G. B.[12a]. Endlich besteht nach österreichischem Recht in manchen Fällen die Hypothek fort, obgleich die persönliche Forderung durch Verjährung erloschen ist: diese durch das Institut der öffentlichen Bücher bewirkte Modifikation wird an einem anderen Ort ihre Darstellung finden.

---

67. 115 fg. und Vangerow I S. 265. 266) die Fortdauer der dinglichen Pfandklage nach Verjährung der persönlichen Schuldklage (l. 3 l. 7 C. h. t. 7, 39) damit zu erklären versuchen, daß die actio hypothecaria suas conditiones habet und daß propter pignus eine Naturalobligation angenommen werde: ein Erklärungsversuch, der zwar sehr scharfsinnig, aber dennoch unbefriedigend ist (vgl. Savigny V S. 391 fg., Brinz I S. 165). In der angegebenen Beschränkung kann man also auch für das österr. Recht sagen: Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota (l. 2. C. de luit. 8, 31).

12) Aus dem Schlußsatz des §. 1483 (der in seiner eben nicht sehr gelungenen Fassung wörtlich in Art. 185 des sächs. Entw. übergegangen ist) darf man nicht etwa folgern, daß die Forderung, soweit sie den Werth des Pfandes nicht übersteigt, durch eine persönliche Klage geltend gemacht werden könne: dieser Schlußsatz spricht der Obligatio als dem Prinzipale nur insoweit Fortbestand zu, als dieß zur Erhaltung des Accessoriums nothwendig ist (vgl. auch Winiwarter Mater. VIII S. 114 fg. Comment. V S. 217 fg., Nippel IX S. 99. 100). Wenn aber der Schuldner sein Pfand einlösen will, so muß er auch nach Verjährung der Forderung die ganze Schuld bezahlen (vgl. auch Nippel IX S. 102. 103), da die actio pignoratitia directa die Beendigung des Pfandrechts (§. 1369 a. b. G. B.) voraussetzt und das Pfand für die ganze Schuld haftet, wenn auch nicht die ganze Forderung aus dem Erlöse der Pfandsache befriedigt werden mag.

12a) Vgl. Zeiller IV S. 242. Soweit aber der Werth des Pfandes reicht, kann der Gläubiger seine Forderung befriedigen, also auch die verjährten Zinsen, dafern nur das Pfand überhaupt (vgl. Arndts §. 369) auch für die Zinsen haftet (a. A. Zeiller IV S. 243, indem er in willkürlicher Weise meint, daß sich die angebliche Anerkennung nur auf das Capital nicht auch auf die Zinsen beziehe, ebenso Scheidlein S. 107; vgl. dagegen auch Nippel IX S. 101, Pachmann Verjähr. S. 23, Ellinger Handb. ad §. 1483). Die Bestimmung des §. 1483 kommt auch dann zur Anwendung, wenn nicht der persönliche Schuldner, sondern ein Dritter die Sache für die ihm fremde Schuld verpfändet hat; die Frage, ob und in welchem Umfang dieser Dritte gegen den persönlichen Schuldner, dessen Schuld mittlerweile verjährt sein mag, die Regreßklage habe, wenn der Gläubiger das Pfand distrahirt, ist im Pfandrecht zu besprechen. — Die Bestimmung des §. 1483 a. b. G. B. ist analog auf den Fall eines zur Sicherheit einer Forderung vertragsmäßig eingeräumten Retentionsrechts anzuwenden.

2) Bei dinglichen Rechten und dem Erbrecht geht durch die Verjährung der Klage, da dieselbe nicht das ganze Recht umfaßt, das der Klage zum Grunde liegende Recht selbst nicht unter (oben S. 273 fg.), sondern es erlischt nur der gesammte dem Berechtigten gegen diese Person zustehende (dingliche) Anspruch[13]. So geht z. B. durch die Verjährung der Eigenthumsklage zwar der gesammte Anspruch unter, den der Eigenthümer gegen den unredlichen[14] Besitzer der Sache auf Herausgabe derselben hat, aber jener verliert sein Eigenthumsrecht nicht, was für den Fall praktisch wird, daß die Sache später wieder in seine Hände zurückkommt oder an einen Dritten gelangt, der nicht Rechtsnachfolger des früheren Besitzers ist[14a]. Nur bei dem Pfandrecht verhält sich dieß anders. Durch die Verjährung der dinglichen Pfandklage auf Überlassung (Herausgabe) der Pfandsache zur (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Veräußerung geht nemlich nach österreichischem Recht[15] das Pfandrecht selbst unter

13) Der in solcher Allgemeinheit unrichtige Satz, daß die Klagenverjährung von der Rechtsverjährung nicht zu unterscheiden sei (Note 4), hat in Ansehung der Verjährung der dinglichen Klagen, insbesondere der Eigenthumsklage, zu einem doppelten Irrthum geführt. Während die Einen behaupteten, daß durch die Verjährung der rei vindicatio das Eigenthumsrecht selbst (per exceptionem) vernichtet werde (so z. B. Löhr im civil. Arch. Bd X S. 70 fg. 81. 82, Vermehren in der Gieß. Zeitsch. II S. 357. 358, vgl. dagegen schon Guyet im civil. Arch. XI S. 89. 90 und jetzt insbes. Savigny V S. 368. 369), wird von anderen gemeinrechtlichen Auktoren (z. B. Kori Verjähr. §. 86) insbesondere aber von den österr. Schriftstellern behauptet, daß die Eigenthumsklage gar nicht verjähre, weil eine Verjährung des Eigenthumsrechts durch Nichtgebrauch nicht stattfinde, und die Regel aufgestellt, daß wenn ein Recht nicht erstinktiv verjähre, auch die damit verbundene Klage der Verjährung nicht unterliege (so insbes. Pachmann Verjähr. §. 22 Note 10). Beide Behauptungen sind unrichtig, vgl. §. 119 Note 12.

14) Wäre der Besitzer ein redlicher, so hätte er schon durch den dreißigjährigen Besitz (ohne Titel l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39 §. 1477 a. b. G. B.) das Eigenthum selbst erworben: in diesem Fall wird die Verjährung der Eigenthumsklage durch die Ersitzung vollkommen absorbirt, §. 1478 a. b. G. B.

14a) l. 8 §. 1 C. h. t. (7, 39) verb. tunc licentia sit priori domino eam vindicare; vgl. Büchel Erörter. I S. 37 fg., Savigny V S. 367 fg.

15) Bekanntlich behaupten auch manche gemeinrechtliche Schriftsteller (oben §. 104 Note 73) insbesondere Büchel Civilr. Erörter. I S. 248 fg., Sintenis Handb. des gem. Pfandr. S. 571 fg. Civilr. I S. 648, Vangerow I §. 151 Nr. 1 §. 363 Anm., daß mit der Verjährung der dinglichen Pfandklage (actio hypothecaria) das Pfandrecht selbst erlösche; allein sie stützen diese für das gemeine Recht wohl unrichtige Behauptung auf ihre Grundansicht über das Wesen des Pfandrechts, wonach das Pfandrecht als obligatio rei bloß in der Pfandklage bestehe und daher gleich dem persönlichen Forderungsrecht mit dem Hinwegfallen der Klage selbst zusammenfalle (Büchel I S. 209 fg.), eine Ansicht, welcher nicht

(oben S. 272 S. 4)[16], da nach österreichischem Recht das Pfandrecht (§. 447 a. b. G. B.) in der dinglichen Pfandklage (§. 461 a. b. G. B.) allerdings seinen erschöpfenden Ausdruck findet, indem mit derselben der dingliche Anspruch auf Befriedigung aus der Sache (§. 447 a. b. G. B.) geltend gemacht wird.

3) Was endlich die Statusklagen betrifft, so geht mit der Verjährung der Klage zwar nicht der Status selbst unter, wohl aber ist der ganze Anspruch auf Anerkennung dieses Status sammt allen auf dieser Voraussetzung beruhenden Ansprüchen diesem bestimmten Gegner gegenüber verloren[17].

Die angegebene Wirkung der Klagenverjährung tritt nach österreichischem Recht[18] zwar von selbst (ipso jure) ein, aber doch nicht

beigestimmt werden kann (vgl. Bd I S. 533. 534), da das Pfandrecht vielmehr ein dingliches Recht ist und in dem Recht die Sache zu veräußern besteht, und die actio hypothecaria nur das Mittel für den Gläubiger ist, die verpfändete Sache in seine Hände zu bekommen, um sie zu veräußern, also sein Pfandrecht zu realisiren: kommt daher die Pfandsache nach Verjährung der dinglichen Pfandklage in die Hand des Gläubigers oder eines Dritten, der nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist, so kann der Gläubiger nach gemeinem Recht sein Pfandrecht noch immer geltend machen (vgl. Unterholzner II §. 249, Arndts §. 390, Puchta Pandekt. §. 215), während dasselbe nach österreichischem Recht (Note 16) allerdings erloschen ist.

16) Es erlischt daher, wie allgemein zugegeben wird (vgl. §. 1479 a. b. G. B. und §. 622 Thl III des westgal. Gesetzb.), die Hypothek mit der Verjährung der Hypothekarklage: dieß schon deßhalb, weil der Hypothekargläubiger, um sein Pfandrecht zu realisiren, die Hypothekarklage auf Überlassung der verpfändeten Sache zur (gerichtlichen) Veräußerung anstellen muß, mit dem Verlust der Klage also die absolute Voraussetzung für die Realisirung des Hypothekarrechts hinweggefallen ist und ein Recht, welches nicht realisirt werden kann, dem Effekt nach ein verlorenes ist (cf. l. 14 §. 1 D. de V. S. Rem amisisse videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet l. 27 pr. D. de noxal. act. 9, 4 — nullum pignus est, cujus persecutio denegatur, vgl. über diese Stelle einerseits Büchel Erörter. I S. 243 fg. 256, andererseits Schirmer in der Note *** zu Unterholzner II S. 267). Ebenso verhält es sich aber nach österr. Recht auch bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen (arg. a contrario §. 1483 a. b. G. B.); das Nähere im Pfandrecht.

17) Ist z. B. die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft verjährt, so hört natürlich der Erzeuger des Kindes dadurch nicht auf, Vater desselben zu sein, aber der Anspruch des Kindes auf Anerkennung der Vaterschaft sammt allen aus dieser Qualität sich ergebenden Ansprüchen (§. 166 fg. a. b. G. B.) ist zu Grunde gegangen vgl. auch Kori Verjähr. §. 45 Note 198, Unterholzner II §. 289 (dieser Annahme steht auch nicht etwa §. 1481 a. b. G. B. entgegen vgl. oben S. 271).

18) Was das römische Recht anbelangt, so wird h. z. T. (anders die ältere Doktrin) allgemein anerkannt, daß durch die Verjährung das Klagrecht nicht ipso jure sondern ope exceptionis untergeht (vgl. Büchel S. 24, Savigny V

gegen den Willen des Verpflichteten, zu dessen Vortheil sie gereicht [18a]: es ist die Verjährung ein bedingt ipso jure wirkender (§. 91 Note 42 und unten §. 124) Erlöschungsgrund klagbarer Ansprüche. Hieraus ergibt sich zunächst, daß der Verpflichtete auf den Vortheil der bereits abgelaufenen Verjährung (ausdrücklich oder stillschweigend [19]) verzichten kann, während ein im vorhinein geschehener Verzicht auf die Verjährung als contra jus publicum verstoßend ebenso ungültig ist [20], wie die vertragsmäßige Verabredung einer längeren als der gesetzlich bestimmten Verjährungsfrist (§. 1502 a. b. G. B.) [20a].

S. 371 fg Obl. R. I S. 96. 97); nach gemeinem Recht besteht also die Wirkung der Verjährung in dieser Hinsicht in der Erzeugung eines Exceptionsrechtes (temporis exceptio, praescriptio, temporalis exceptio) vgl. Arndts §. 111, Puchta Pandekt. §. 92 Vorl. I S. 210 fg.

18a) Daß das Klagrecht durch Verjährung ipso jure erlischt, ergibt sich aus den §§. 933. 1478 fg. 1487 fg. a. b. G. B.; daß diese Wirkung aber doch nicht gegen den Willen des Verpflichteten eintritt, aus §§. 1501. 1502 a. b. G. B.

19) Der Verzicht auf die Verjährung kann auch stillschweigend geschehen (wohl mit Unrecht wird dieß angezweifelt von Weißel in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1838 I S. 129 fg. vgl. dagegen auch Bähr Die Anerkennung S. 177), so z. B. durch Abschlagszahlung (arg. l. 7 §. 16 D. ad Sc. Maced. 14, 6 vgl. jedoch Puchta Pandekt. §. 306 Note cc wegen l. 9 pr. eod., dagegen aber Vangerow I S. 520), Novation, Bestellung eines Pfandes (vgl. jedoch l. 9 pr. cit.) oder Bürgen, Constitutum, im Bewußtsein der abgelaufenen Verjährungszeit und ihrer Wirkung: fehlt es dem Schuldner an diesem Bewußtsein, so ist natürlich auch kein wirksamer Verzicht vorhanden (oben S. 187. 112. 113). Ob in einem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Verzicht auf die eingetretene Verjährung eine Schenkung liege (cf. l. 12 D. de nov. 46, 2 Savigny IV S. 122), hängt davon ab, ob der Verpflichtete liberalitatis oder pietatis causa zahlt, novirt u. s. w. (vgl. oben §. 95 Note 25 a. E.; wohl mit Unrecht sieht Weißel S. 131 hierin unbedingt eine Schenkung).

20) Vgl. Savigny V S. 411 fg. (auch Mraczek S. 152 fg. hat schon die richtige Ansicht). Manche gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Kori Verjähr. §. 47, Unterholzner I §. 28) behaupten das Gegentheil, besonders auf l. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1) hin, welche Stelle aber gar nicht von einer Verjährungsfrist handelt, sondern, (ebenso wie z. B. §. 1082 a. b. G. B.) einen Präklusivtermin in dispositiver Weise festsetzt. Auch das französische Recht schließt den Verzicht auf eine künftige Verjährung aus (Cod. civ. a. 2220), ebenso das hess. Ges. Art. 33 (vgl. Müller S. 44. 148 fg.), während das preuß. Landr. unter eigenthümlichen Beschränkungen die Ausschließung einer künftigen Verjährung gestattet (A. L. R. I 9 §§. 565—567).

20a) Mit der Bestimmung des §. 1502 a. b. G. B. ist diese gemeinrechtliche Controverse (vgl. Thibaut Besitz S. 65) in passender Weise gelöst (vgl. auch Art. 8 des hess. Ges. und Müller S. 83 fg.); es kann hienach auch nicht bezweifelt werden, daß die Parteien nicht nur den 30jährigen Zeitraum (§. 1479 a. b. G. B.) nicht ausdehnen dürfen, sondern daß sie auch innerhalb desselben die gesetzlichen Bestimmungen über die Verjährungszeit nicht modificiren dürfen (wie dieß z. B.

Ferner ergibt sich daraus, daß der Richter nicht von amtswegen auf die Verjährung Rücksicht nehmen darf, wenn sich gleich aus der (mündlichen oder schriftlichen) Prozeßverhandlung ergibt, daß dieselbe begründet sei (§. 1501 a. b. G. B.)[21]: es muß sich vielmehr derjenige, zu dessen Vortheil die Verjährung gereicht, im Prozeß auf dieselbe berufen, also erklären[22], daß er von diesem Schutzmittel gegen den Anspruch des Klägers Gebrauch machen wolle, das heißt er muß die eingetretene Verjährung einwenden[23]. Der Verpflichtete

Wächter §. 119 Note 7 behauptet). Eine Übereinkunft, wodurch die gesetzliche Verjährungszeit abgekürzt wird, ist selbstverständlich wirksam (sonderbarer Weise enthält §. 624 Thl III des westgal. Gesetzb. die entgegengesetzte Bestimmung); vgl. auch Winiwarter Mater. VIII S. 203. 204, der mit Recht bemerkt, daß in einem solchen Fall eigentlich keine Verjährung mehr vorhanden ist, „da die Zeit, binnen welcher das Recht aufhört, nicht mehr durch das Gesetz bestimmt ist" (vgl. oben §. 104 Noten 11. 21).

21) Hiemit ist die in früherer Zeit viel besprochene Controverse, ob der Richter die unterlassene Einwendung der Verjährung suppliren dürfe, nach dem Vorbild des Cod. civ. a. 2223 (vgl. Troplong I p. 105 sq., der gegen diese Bestimmung ungegründete Bedenken erhebt) in befriedigender Weise gelöst; vgl. schon Mraczek S. 151. 152, Glück III S. 515 Note 86 (der aber mit Unrecht ebenso wie Gönner Handb. I Abh. 10 §. 13 das entscheidende Gewicht darauf legt, daß die Verjährung ope exceptionis wirkt), Gesterding Ausbeute von Nachforsch. Bd II S. 187 fg., Krüll im civil. Arch. I Nr. XXVIII S. 406 fg., Lotz daselbst Nr. XXIX S. 416 fg., Unterholzner I §. 138, Linde in der Gieß. Zeitschr. II S. 192 fg., Schäffer daselbst N. F. Bd IX S. 104 fg. Die entgegengesetzte Ansicht wurde von vielen älteren Schriftstellern aufgestellt (vgl. dieselben bei Glück in der angef. Note) und in neuerer Zeit von Löhr im civil. Arch. Bd X S. 77 fg. und insbes. von Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd II Abh. II S. 10 fg. Bd VII Abh. II S. 17 fg. vertheidigt. — Es darf also der Richter weder eine Klageschrift, aus welcher sich die Verjährung des Klagerechts ergibt, ex primo decreto abweisen (was schon gegen das Hofdekr. v. 6. Okt. 1783, Wessely I Nr. 16 und die Resolut. v. 31. Okt. 1785, Wessely I Nr. 249 verstoßen würde), noch darf er später die Einrede der Verjährung suppliren, was insbesondere im Fall einer Contumacirung des Beklagten wichtig wird. Auch in dieser Beziehung ist es wichtig, Verjährungs- und Präklusivfristen zu unterscheiden (S. 275 fg.); so ist z. B. die gemeinrechtliche vierjährige Restitutionsfrist keine eigentliche Verjährungsfrist und daher von amtswegen zu berücksichtigen (Schäffer l. c.): die interessante Frage, ob im Wechselprozeß der Richter die Verjährung des Art. 80 W. O. von amtswegen zu berücksichtigen habe oder nicht, näher zu besprechen, ist hier nicht der Ort.

22) Der Beklagte braucht die Einwendung der Verjährung nicht kunstgemäß zu benennen und zu formuliren: es genügt, daß er in der Antwort zu erkennen gibt, daß er aus dem Grunde losgesprochen zu werden begehre, weil der Kläger es mit seinem Anspruch so lange habe anstehen lassen, weil er ihn nicht früher geltend gemacht habe u. s. w.; vgl. Krüll S. 413, Lotz S. 418 Note 4, Unterholzner I S. 494.

23) Der Beklagte, der sich im Prozeß auf die Verjährung beruft, hat nichts

der durch den Ablauf der Verjährung von seiner Verbindlichkeit befreit worden ist, kann aber auch als Kläger[24] auftreten, und „die Löschung seiner in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit[25] oder die Nichtigerklärung des dem Berechtigten bisher zugestandenen Rechts[26] und der darüber ausgestellten Urkunden erwirken“[27] (§. 1499

anderes zu behaupten, als daß das Klagrecht durch den Ablauf der Verjährungszeit erloschen sei; das Alter der Forderung wird in den meisten Fällen schon aus der Klage hervorgehen (vgl. Unterholzner I §. 139); daß der Lauf der Verjährung gehemmt oder unterbrochen worden sei, hat unzweifelhaft der Kläger zu behaupten und zu beweisen: über den Grund dieser Vertheilung der Beweislast (den man öfters mit Unrecht in dem falschen Axiom Negativa non sunt probanda, so z. B. Unterholzner I S. 496, oder in angeblichen Rechtsvermuthungen hat finden wollen) vgl. §. 123 Note 25.

24) Diese Klage ist der gewöhnlichen Terminologie zufolge eine unmittelbar aus dem Gesetz entspringende persönliche Klage (s. g. condictio ex lege); manche unserer Schriftsteller (z. B. Zeiller IV S. 249, Scheiblein V §. 127) nennen sie unpassend „Verjährungsklage“. In diesem Fall hat der klagende Verpflichtete, um die behauptete Verjährung zu beweisen, auch das Alter der (Hypothekar-) Forderung darzuthun und ihr Erloschensein durch Zeitablauf zu behaupten; dagegen ist es auch hier wieder Sache des beklagten Gläubigers, die Hemmungs- und Unterbrechungsgründe der Verjährung anzuführen und zu beweisen.

25) Kläger ist der Eigenthümer des hypothecirten Gutes, es mag dieß nun zugleich der persönliche Schuldner sein oder ein Dritter. Die Klage geht auf Anerkennung, daß die intabulirte (Hypothekar-) Forderung durch Verjährung erloschen und daher der Gläubiger schuldig sei, in die Löschung dieser Schuldpost (resp. des Pfandrechts) zu willigen (s. g. Klage auf Löschung einer intabulirten Schuldpost). Diese Klage ist unverjährbar, sie kann daher zu jeder Zeit gegen jene Personen, gegen welche sie überhaupt zulässig ist (§. 1500 a. b. G. B.), angestellt werden, da das Klagrecht hier nur Folge des unverjährbaren Einrederechts ist, welches der Schuldner per modum actionis geltend macht, um einen materiell erloschenen, formell aber noch fortbestehenden Zustand zu beseitigen, aus dessen Fortdauer sehr nachtheilige Folgen (§. 1500 a. b. G. B.) für ihn hervorgehen könnten (vgl. oben §. 119 Note 10). Um den nachtheiligen Wirkungen (§. 1500 a. b. G. B.) einer Cession der verjährten Hypothekarforderung während des Rechtsstreits um Löschung derselben vorzubeugen, kann der Schuldner die Anmerkung der Streithängigkeit erwirken, Hofdekr. 27. März 1846 (Michel II Nr. 1447).

26) Verlangt der Schuldner (z. B. im Fall des §. 1480 a. b. G. B.) bloß die Nichtigerklärung des dem Berechtigten bisher zugestandenen Rechts“, also den Ausspruch des Richters, daß seine Schuldverbindlichkeit durch Verjährung erloschen sei, so ist der Fall einer s. g. Anerkennungs- (Präjudicial-) Klage vorhanden (vgl. oben §. 115 Note 20); gewöhnlich wird aber der Schuldner zugleich oder bloß eine positive Leistung des bisherigen Gläubigers beanspruchen, wie z. B. die Rückstellung des ausgestellten Schuldscheins, den der Gläubiger jetzt sine causa hat (cf. l. 2 C. de cond. s. c. 4, 9).

27) Daß hierunter nicht etwa eine Amortisation der Schuldurkunde (§. 1428 a. b. G. B.) zu verstehen sei (wie z. B. Scheiblein S. 187 annimmt), darüber vgl. Nippel IX S. 163, Winiwarter Mater. VIII S. 197.

a. b. G. B.), ersteres jedoch nicht dem Singularsuccessor gegenüber, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die intabulirte Forderung an sich gebracht hat: diesem gegenüber ist wie die bisher laufende so die bereits abgelaufene Verjährung unwirksam [28] (§. 1500 a. b. G. B. Hofdekret 27. März 1846, Michel II Nr. 1447).

7. Das Klagerecht in seiner Geltendmachung. Der prozessualische Klagegrund.

§. 123. Das Klagerecht ist das Recht als gerichtlich verfolgbares: das Klagerecht in seiner Geltendmachung ist das verfolgbare Recht als gerichtlich verfolgtes, mittelst Klage geltend gemachtes Recht, der klagbare Rechtsanspruch als eingeklagter. Dieser materielle Rechtsanspruch bildet den stofflichen Inhalt der Klage im prozessualischen Sinn. Um dem erhobenen Anspruch die gewünschte gerichtliche Anerkennung und Realisirung zu verschaffen, muß der Kläger Umstände anführen, welche denselben dem Richter als gerechtfertigt erscheinen lassen: der erhobene Anspruch muß vor Gericht begründet werden. Der Inbegriff der Umstände, welche den erhobenen Anspruch des Klägers dem Richter als gerechtfertigt erscheinen lassen, bildet den prozessualischen (formellen) Klagegrund [1], das Klagefundament (fundamentum agendi) [2]. Diese

28) Es ist also die Verjährung ein bedingt ipso jure wirkender Erlöschungsgrund klagbarer Ansprüche, der aber unter Umständen nicht in rem geht.

1) Der prozessualische (formelle) Klagegrund (das fundamentum agendi) unterscheidet sich vom materiellen (civilrechtlichen) Klagegrund (der causa agendi, oben §. 114) wie die Legitimation von der Berechtigung, wie das Demonstriren vom Demonstrandum: der materielle Klagegrund ist das Recht, welches mittelst der Klage geltend gemacht wird, der prozessualische Klagegrund der Inbegriff der Umstände, welche dieses Klagerecht als ein wirkliches, gegenwärtig daseiendes erscheinen lassen.

2) Über das Klagefundament vgl. Gönner Handb. II Abh. 33, Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses Nr. V „Über den Klagegrund" S. 211 fg., Brackenhöft „Über den Begriff und die Eintheilung des Klagegrundes" in der Gieß. Zeitschr. Bd XI Nr. VI S. 175 fg., Schmidt Die gemischten Einreden §. 3, Wächter Handb. II §. 66, Krüger „Über die Begründung der Klage und die generalitas libelli" im Arch. f. d. civil. Prax. Bd XXXVI Nr. IX S. 190 fg., Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast §§. 12—14. 26, H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast 1858; vgl. auch Boele „Über den Klagegrund nach gemeinem deutschen und preuß. Prozeß" im neuen Archiv f. preuß. Recht I S. 174 fg. und Haimerl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I S. 21 fg. (Die Darstellung von Schuster Die Civilprozeßordn. 2. Aufl. S. 71 fg. ist vielfach unbefriedigend;

prozessualische Begründung des Klageanspruchs [2a] bedarf einer ausführlicheren Darstellung [3].

Der Kläger nimmt in seiner Klage ein concretes Recht als ein ihm zustehendes in Anspruch: er hat daher das gegenwärtige Dasein dieses Klagerechts darzuthun [4]. Nun ist aber das Recht eine geistige Macht, das Rechtsverhältniß eine ideale Beziehung, und daher der unmittelbaren sinnlichen Darstellung und Anschauung entzogen: soll die concrete Existenz eines behaupteten Rechts dargethan werden, so bleibt nichts übrig, als die Thatsachen anzuführen, aus welchen auf das gegenwärtige Dasein des in Anspruch genommenen Rechts geschlossen werden kann, also die Erkenntniß des Rechts durch Darthuung der Thatsachen, welche die reale und wahrnehmbare Grundlage desselben bilden, zu vermitteln [5]. Während unter den Parteien

---

so z. B. verwechselt er die abstrakte Rechtsregel mit der concreten Rechtsbehauptung, wenn er S. 73 sagt, der klagende Verkäufer stelle die „Rechtsregel" auf: „Käufer sei schuldig, ihm x Gulden als Kaufschilling zu bezahlen"; vgl. auch Note 18.)

2a) Verschieden hievon ist die Frage, wie der Klagevortrag, insbesondere das Klagelibell eingerichtet sein müsse, um den Anforderungen des Prozeßrechts zu genügen: diese Frage gehört lediglich in das Prozeßrecht (vgl. §. 3 A. G. O. §. 10 C. P. O., welche im Einklang sind mit §. 34 J. R. A.; vgl. Goldschmidt „Geschichte des Klaglibells" in seinen Abhandl. aus dem deutschen gem. Civilproz. 1818 Nr. I, Sintenis Erläuter. Heft II S. 251 fg., Richter im R. L. Bd VI S. 152 fg.).

3) Die Lehre von der prozessualischen Begründung des Klageanspruchs ist überwiegend civilrechtlicher Natur, da es sich darum handelt, was zur Legitimation des Klageanspruchs gehöre, und auf welche Momente sich das Klagerecht stützen müsse, um die richterliche Anerkennung zu erlangen (vgl. auch §. 112 Note 5): sie bildet zugleich die unentbehrliche Grundlage für die Darstellung der Vertheidigung des Beklagten und für die Lehre von der Beweislast.

4) Bei den formulae in jus conceptae (vgl. Keller Civilproz. §. 28 fg., Savigny V §§. 216. 217) trat dieß besonders deutlich hervor, da hier die intentio die Behauptung des Daseins eines (im jus civile gegründeten) Rechts oder Rechtsverhältnisses enthielt; z. B. si paret rem actoris esse, si paret hereditatem meam esse, si paret A°. A°. jus esse utendi fruendi, si paret Titium liberum esse, si paret N^m. N^m. A°. A°. centum dare, damnum decidere oportere u. s. w. Auch die ausdrückliche generelle Litiscontestation des mittelalterlichen Prozeßrechts (vgl. Albrecht Die Exceptionen §. 29 und unten §. 127 Nr. III) war gegen das Klagerecht als solches, gegen den Klageanspruch (nicht gegen den historischen Klagegrund) gerichtet. — Darüber, daß die Klage stets auf das gegenwärtige Dasein des Rechts gestellt sei, vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 334, Savigny System V §. 125; ohne haltbaren Grund und ohne Erfolg hat Helmolt a. a. O. S. 122 fg., 128 fg., 136 fg. dieß in Abrede gezogen.

5) Vgl. hierüber insbes. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne

ein behauptetes Recht streitig ist, löst sich der Prozeß in die Behauptung und Bestreitung einzelner Thatsachen auf[6]; während Rechte und Rechtsverhältnisse den Gegenstand des Rechtsstreites und der richterlichen Entscheidung ausmachen[7], handelt es sich bei der prozessualischen Begründung der Rechtsansprüche um die Behauptung und Gegenbehauptung von Thatsachen[8], welche in ihrem letzten Resultat das Dasein oder Nichtdasein des streitigen Rechts darthun sollen[8a]. Der klägerische Anspruch erscheint insofern als das Resultat

---

Theile der Theorie des Civilprozesses S. 337 fg., 346 fg., Wetzell System I §. 15.

6) Dieß tritt im römischen Formularprozeß bei den formulae in factum conceptae (vgl. Puchta Instit. II §. 165, Keller Civilproz. §. 33) hervor, indem die intentio bloß die Behauptung der Thatsachen enthielt, auf denen der klägerische Anspruch beruht (z. B. si paret A^{m}. A^{m}. apud N^{m}. N^{m}. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo redditam non esse). Bei den formulae in jus conceptae standen die rechtsbegründenden Thatsachen in der demonstratio als dem (ersten) Theil der Formel, welcher die Bezeichnung des dem Anspruch des Klägers zu Grunde liegenden Faktums enthielt (z. B. Quod A. A. apud N^{m}. N^{m}. mensam argenteam deposuit) vgl. Savigny V S. 67. 68. 97. 98, Puchta Instit. II §. 164, Keller Civilproz. S. 156.

7) Im römischen Recht war es bekanntlich auch zulässig, den Eid unmittelbar auf das streitige Recht oder Rechtsverhältniß zu stellen (quaeritur an juraverit: dari sibi oportere, rem suam esse, hereditatem suam esse, se obligatum non esse u. s. w.) vgl. Savigny System VII S. 60, während im heutigen Recht der Eid nur über reine Thatsachen aufgetragen werden kann, vgl. Savigny VII S. 86, Rizi Der Beweis durch den Haupteid S. 53 fg. — Dagegen kann sich auch h. z. T. das gerichtliche Geständniß des Beklagten unmittelbar auf das behauptete Klagerecht oder nur auf die Klagthatsachen beziehen (vgl. unten §. 127).

8) Vgl. Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 152, Knappe Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen §. 46, Albrecht Die Exceptionen S. 198 fg., Helmolt Verhältniß S. 124 fg., 132 fg., 139 fg., 314 und besonders Reinhold's tüchtige Abhandlung „Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast" in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XIII Nr. I. VI S. 17 fg. 30 fg. (Nur ist es unrichtig, wenn Reinhold S. 20 fg. behauptet, ein Rechtsverhältniß sei nichts anderes als „eine Schlußfolgerung, deren Prämissen eine concrete Thatsache und eine darauf anwendbare allgemeine Rechtsnorm sind": denn das Rechtsverhältniß ist eine concrete Beziehung, ein reelles Verhältniß, nicht bloß eine logische Operation, welche vielmehr nur erforderlich ist, um das Dasein des Rechtsverhältnisses aus gewissen Thatsachen zu erschließen.)

8a) In diesem Sinn heißt es in §. 369 a. b. G. B., der Eigenthumskläger müsse beweisen, daß „die Sache sein Eigenthum sei" (vgl. §§. 439. 827 a. b. G. B.), obgleich es sich unzweifelhaft doch nur um den Beweis von Thatsachen handelt, aus denen sich der Schluß auf das Dasein des behaupteten Eigenthumsrechts ergibt, also das Recht selbst nur mittelbar und dem letzten Resultat nach Gegenstand und Aufgabe des Beweises ist.

einer Schlußfolgerung mittelst der Subsumtion der anzuführenden Thatsachen unter das Gesetz und der Ableitung der rechtlichen Folgen daraus. Bei der prozessualischen Begründung des Klageanspruchs lassen sich daher zwei Seiten unterscheiden, eine thatsächliche und eine rechtliche.

I. Der Kläger, welcher seinen Anspruch auf das behauptete Dasein eines Rechtes stützt, müßte, um das Recht als ein gegenwärtig daseiendes, ihm wirklich zustehendes, darzuthun, nicht nur jene Thatsachen anführen und erforderlichen Falls beweisen[9], welche das behauptete Recht zu erzeugen vermögen (Thatsachen von positiver Wirkung), sondern er müßte auch das Nichtvorhandensein aller jener Thatsachen anführen und beweisen, welche die Wirkung jener rechtserzeugenden Thatsachen zu paralysiren, also das Entstehen des fraglichen Rechts zu verhindern oder das entstandene Recht wieder aufzuheben im Stande wären (Thatsachen von negativer Wirkung), da nur unter dieser Voraussetzung das Klagerecht als ein gegenwärtig

---

9) Gleich hier soll bemerkt werden, daß die s. g. Beweisverbindlichkeit mit der s. g. Anführungs= (Behauptungs=, Allegations=) Verbindlichkeit Hand in Hand geht (vgl. unten §. 129): die Thatsachen, welche eine Partei im Prozeß zur Begründung ihres Anspruchs anführen muß, hat sie, falls dieselben beweisbedürftig sind, in der Regel auch zu beweisen. Daß man gewöhnlich bloß fragt, was jeder Theil zu beweisen habe, erklärt sich daraus, daß nicht das Behaupten, sondern nur das Beweisen eine wahre Last ist, und daß es kein Theil an Behauptungen fehlen lassen wird, während Beweise oft schwer zu erbringen sind: die Beweisverbindlichkeit ist daher zwar die praktische Seite der Anführungsverbindlichkeit, aber doch nur eine Consequenz derselben (vgl. Reinhold S. 9. 10, der mit Recht bemerkt, daß es sich „im Grunde nur um Eine Verbindlichkeit handle, welche sich nach zwei verschiedenen Richtungen hin äußere, indem sie zunächst auf das Anführen einer bestimmten Thatsache, sodann aber, falls diesem Anführen widersprochen werde, auf den Beweis der angeführten Thatsache gehe"). Nicht weil eine Partei eine Thatsache beweisen muß, muß sie dieselbe behaupten, sondern umgekehrt, was eine Partei behaupten muß, um ihren Anspruch zu fundiren, hat sie erforderlichenfalls auch zu beweisen. Das wahre Verhältniß zeigt sich insbesondere bei einer Contumacia des Beklagten, da nach österr. Recht in einem solchen Fall eine affirmative Litiscontestation angenommen wird, die Verurtheilung des Beklagten also lediglich davon abhängt, daß der Kläger in der Klage alle Thatsachen angeführt hat, die zur Substantiirung seines Anspruchs erforderlich sind: fehlt es an der Behauptung einer solchen Thatsache, welche der Kläger anzuführen verpflichtet ist, so muß der Beklagte freigesprochen werden. — Auf alle Fälle kann man, wenn die Gesetze einer Partei den Beweis auferlegen, annehmen, daß es an ihr sei, die zu beweisende Behauptung aufzustellen: dieser Rückschluß von der Beweisverbindlichkeit auf die Anführungsverbindlichkeit ist unbedingt zuläßig (vgl. Noten 15 und 22).

daseiendes erscheint. Hätte nun der Kläger in der That, um das von ihm behauptete Klagerecht als ein gegenwärtig daseiendes darzuthun, nicht bloß das Vorhandensein der rechtserzeugenden Thatsachen (oben §. 72), sondern auch das Nichtvorhandensein aller denkbaren rechtshindernden und rechtsvernichtenden (unmittelbar rechtsaufhebenden, oben §. 73) Thatsachen[10] zu behaupten und zu beweisen, so würde ihm von vornherein alle Aussicht auf Erfolg genommen sein: das Recht, welches dem Berechtigten eine Klage gibt, hätte ihm ein Mittel gegeben, welches unmöglich zum Ziele führen könnte, eine stumpfe Waffe, deren Gebrauch der Verpflichtete mit aller Ruhe entgegen sehen könnte. Es erscheint daher als eine Forderung der natürlichen Billigkeit, in dem Kampf der streitenden Parteien Sonne und Wind gleich zu vertheilen und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theil aufzubürden[11]. Für eine solche billige Vertheilung der Anführungs- (und Beweis-) Verbindlichkeit[12] gibt die hervorgehobene Verschiedenheit der positiv und negativ wirkenden juristischen Thatsachen selbst die beste Grundlage ab. Es kann mit vollem Fug vom Kläger gefordert werden, daß er die Thatsachen anführe und erforderlichenfalls beweise, welche das behauptete Klagrecht hervorzubringen im Stande sind; hat er die Existenz dieser Thatsachen dargethan, so erscheint sein Anspruch als fundirt, der

10) Über den Begriff der rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen vgl. Albrecht Die Exceptionen §. 38, Knappe in der angef. Schrift §§. 40 fg. 45. 49, Reinhold in der angef. Abhandl. §. 7 fg.

11) Diesen leitenden Gedanken der Aequitas bei der Vertheilung der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit spricht klar die (von Heffter in seinen Zusätzen zu Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung 3. Ausg. S. 217 nicht gehörig gewürdigte) l. 12 D. de prob. (22, 3) aus: — Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur, nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est (vgl. Note 15). Daß richtige Verhältniß hat schon Albrecht Die Exceptionen S. 185 fg. 190 fg. erkannt; vgl. jetzt auch Gerber in der angef. Abh. S. 10 fg. 17 fg. (Der Versuch von Wirth Über das leitende Prinzip der Beweislast und Einreden im Civilprozeß 1852 S. 14 fg., die Vertheilung der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit aus inneren Rechtsgründen zu rechtfertigen, ist mißlungen: er bewegt sich im Cirkel.) In dieser Billigkeitsrücksicht liegt nicht etwa eine besondere Begünstigung des Klägers als solchen, da ganz dasselbe auch für den Beklagten gilt, in soweit er Einreden vorbringt.

12) Von einer Verbindlichkeit oder Verpflichtung im technischen Sinn ist natürlich keine Rede: es fragt sich hier nur, was jeder Theil anführen resp. beweisen müsse, falls er nicht sachfällig werden wolle.

Schluß auf das behauptete Dasein des Klagerechts als zulässig, und es ist nunmehr Sache des Beklagten seinerseits Umstände anzuführen und erforderlichenfalls zu beweisen, welche die Wirkung jener Thatsachen gar nicht entstehen ließen oder doch später wieder zerstörten, also einen Schluß auf das Nichtdasein des behaupteten Klagerechts zulassen[13]. Der Kläger hat hienach bloß[14] die Thatsachen von positiver Wirkung, der Beklagte die Thatsachen von negativer Wirkung zu allegiren (zu behaupten) und erforderlichenfalls zu beweisen[15]. Die Thatsachen, welche zur Begründung des Klageanspruchs ausreichen, indem sie den Schluß auf das Dasein des behaupteten Klagerechts zulassen (die s. g. Klagthatsachen), bilden die thatsächliche (historische) Begründung der Klage, das historische Klagfundament: ihr Inbegriff macht den historischen (faktischen) Klagegrund[16]

---

13) Vgl. besonders Knappe a. a. O. §. 40.

14) Es verengt sich somit der Kreis von Thatsachen, welche der Kläger eigentlich (prima fronte) anzuführen und zu beweisen hätte, um sein Klagerecht als ein gegenwärtig daseiendes darzuthun, indem er nur das Dasein aller rechtserzeugenden, nicht auch den Mangel aller rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen darzuthun hat (vgl. Knappe §. 45). Manche Schriftsteller (z. B. Burchardi im Arch. f. d. civil. Prax. Bd XVIII S. 208 fg., Schmidt Die gemischten Einreden S. 50 fg., Note 61, Gerber Beiträge §. 7) unterscheiden daher zwischen materiellem (civilrechtlichem) und formellem (prozessualischem) Klagfundament, als der wirklichen Existenz und der formellen Begründung des Klagerechts; allein es ist wohl zweckmäßiger, den Ausdruck Klagfundament bloß zur Bezeichnung des prozessualischen Klagegrundes zu gebrauchen, wonach jene (auch sonst bedenkliche) Unterscheidung zu verwerfen ist (vgl. auch Brackenhöft Erörter. zu Linde's Handb. S. 440 fg., Schmidt Handb. des bürgerl. Prozeß. II §. 95 Note 2). Aus der Verschiedenheit der objektiven Begründetheit und der prozessualischen Begründung eines Klagerechts, aus dem Unterschied zwischen dem materiellen Begründetsein und dem formellen Begründeterscheinen des Klageanspruchs erklärt es sich, daß ein Kläger, dessen Anspruch objektiv unbegründet ist, dennoch als Sieger aus dem Prozeß hervorgehen kann, und daß umgekehrt ein Kläger, dessen Anspruch materiell fundirt ist, dennoch im Prozeß unterliegen mag (non deficit jus, sed deficit probatio).

15) In diesem Sinne heißt es in der l. 25 §. 2 D de prob. (22, 3) — generalis regula, quae eos, qui solvisse contendunt haec ostendere exigit; vgl. auch l. 8 D. eod.

16) Den historischen Klagegrund pflegt man auch fundamentum agendi in facto positum, wohl auch fundamentum agendi proximum zu nennen; über den letzteren (unpassenden) Ausdruck vgl. Note 40. Im Klagevortrag bildet der historische Klagegrund den Inhalt der s. g. Geschichtserzählung, vgl. Bayer Vortr. §. 164 Nr. IV, Wächter II §. 66 Note 6; die Vorschriften über die Beschaffenheit der Geschichtserzählung (§. 3 A. G. O. §. 10 C. P. O. vgl. §. 34 J. R. A.) gehören in das Prozeßrecht.

(das Klagefaktum [17]) aus. Zur thatsächlichen Fundirung des Klageanspruchs gehört daher im Einzelnen Folgendes [18]:

---

17) In diesem Sinn, als thatsächlicher Entstehungsgrund eines klagbaren Rechts, wird der Ausdruck Faktum (Klagefaktum) als Totalität der Klagethatsachen öfters gebraucht, z. B. in §§. 3. 6. 11 A. G. O. (cf. l. 41 §. 1 D. de O. et A. 44, 7 l. 32 eod. l. 76 §. 1 D. de furt. 47, 2 l. 1 §. 22 D. de tutel. 27, 3). — Unrichtig ist es, wenn Brackenhöft in der angef. Abh. §§. 1. 8. 9. 11 zwischen den natürlichen Thatsachen und dem juristischen Faktum unterscheiden, jene der Geschichtserzählung zuweisen und aus diesem den Klagegrund bilden will: vgl. dagegen Schmidt Gemischte Einreden §. 3 Note 50 und Bayer Vortr. §. 164 Nr. I. Ebenso unrichtig ist es, wenn Haimerl Mag. VI S. 258 fg. unter dem „Faktum, woraus Kläger sich ein Recht erwachsen zu sein glaubet" (§. 3 A. G. O.) den Inbegriff der rechtsbegründenden Thatsachen „in ihrem ganzen Umfang, mit allen zur Einheit des juristischen d. i. das Recht gewährenden Faktums verbundenen Umständen" versteht, und daher lehrt, daß Kläger die Existenz eines „rechtsgiltigen" Vertrags behaupten und beweisen müsse (S. 266 fg.), so daß die Behauptung des Beklagten, er sei bei Abschluß des Vertrags wahnsinnig oder betrunken gewesen, ein „Leugnen des Vertrags", also f. g. negative Litiscontestation nicht Einwendung wäre (vgl. dagegen §. 124 Note 23) und daß der Kläger in einem solchen Fall eines qualificirten Geständnisses den Beweis des (doch zugegebenen) Vertragsabschlusses erst noch führen müßte. (Daß der Kläger nicht auch den Beweis des Verstandesgebrauchs resp. der Nüchternheit zu führen habe, erklärt Haimerl mit Zuhülfenahme einer erkünstelten, nirgends aufgestellten Vermuthung: als ob es eine rechtliche Vermuthung dafür gäbe, daß jemand nüchtern, bei Verstand, großjährig u. s. f. sei!) Diese Darstellung Haimerl's verstößt gegen das oben zu Note 5—8 entwickelte Prinzip, wonach Gegenstand der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit nur Thatsachen (im vorliegenden Fall der Vertragsabschluß) nicht Rechtsverhältnisse (das Dasein einer gültigen obligatio ex contractu) sind (vgl. auch Reinhold S. 19). Auch geht es nicht an, die Geistesabwesenheit mit dem s. g. Alibi, der örtlichen, physischen Abwesenheit in eine Parallele zu stellen, wie es Haimerl S. 268 thut: denn im Fall eines Alibi leugnet man die Thatsache des Vertragsabschlusses, im Fall der Geistesabwesenheit gibt man diese Thatsache zu, leugnet aber ihre juristischen Consequenzen, indem man sich auf seine Handlungsunfähigkeit beruft. Unter dem „Faktum, woraus sich Kläger ein Recht erwachsen zu sein glaubet", ist nichts anderes als der Inbegriff der rechtserzeugenden Thatsachen zu verstehen; §. 10 prov. C. P. O. sagt denn auch, Kläger solle „in der Klage die Thatsachen, woraus er sein Recht herleitet", erzählen.

18) Die Frage, welche Thatsachen zur Substantiirung des Klaganspruchs gehören, hat ein doppeltes praktisches Interesse (Note 9): einmal richtet sich darnach die Beweislast; dann hängt von ihrer richtigen Beantwortung die Statthaftigkeit der Verurtheilung der Beklagten in contumaciam ab. Wenn Haimerl Magaz. VII S. 167 Note *** behauptet, es sei für die Frage, ob die Klage begründet sei, der verläßlichste Prüfstein, ob darüber im Fall der Contumacirung des Beklagten dem Klagebegehren gemäß für den Kläger erkannt werden könne oder nicht, so kehrt er hiemit das natürliche Verhältniß um: die Verurtheilung des Beklagten in contumaciam setzt die gehörige Begründetheit der Klage voraus, diese ist also der Prüfstein für jene, da die Verurtheilung in contumaciam nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Klage alle zum Klagegrund gehörigen Thatsachen enthält. Wenn

1) Der Kläger hat jene juristischen Thatsachen zu reproduciren[19], welche die spezifischen (unmittelbaren, eigenthümlichen) Entstehungsgründe des behaupteten Rechts, die constitutiven Elemente der Rechtsentstehung sind (rechtserzeugende Thatsachen, oben §. 72)[20], es mögen dieß nun positive oder negative Thatsachen sein[21]. Die Frage, welche Thatsachen die spezifisch rechtserzeugenden

---

Schuster Die Civilprozeßordn. S. 74 fg. die Frage, welche Thatsachen zum Klagegrund gehören, mit der Aufstellung der Formel gelöst zu haben glaubt, daß zum Klagegrund alle jene Thatsachen gehören, welche zur Begründung der klägerischen Rechtsregel (? vgl. Note 2) offenbar nothwendig seien („Kläger hat die zur Begründung seiner Klage offenbar nothwendigen Thatsachen anzuführen und zu beweisen" S. 273), so befindet er sich in einer ziemlichen Selbsttäuschung und gibt trotz seines Sträubens „ein bloßes Nebelbild", da es nicht minder „offenbar" ist, daß diese Formel eine bloß nominelle Erklärung gibt, aber kein Realkriterium enthält: denn welche Thatsachen gehören „offenbar" zur Begründung der Klage? Von diesem Standpunkt aus glaubt Schuster S. 88 in der Note auch die vielbestrittene Frage lösen zu können, was unter Einwendung zu verstehen sei und welche Thatsachen dazu gehören: wohl alles, was zur Begründung des Einredebegehrens „offenbar" gehört? (Die Frage, wie sich der Richter zu benehmen habe, wenn eine Klage gar nicht oder nicht gehörig substantiirt ist, ist im Prozeßrecht zu lösen, und zwar für das österr. Recht wohl dahin, daß die Klage in der Regel nicht a limine judicii abzuweisen, sondern aufrecht zu verbescheiden sei; a. A. zum Theil Mittermaier im civ. Arch. Bd V Nr. XIV §. 4 und Schmid Handb. II §. 96 Nr. 2, dagegen aber Krüger in der angef. Abh. S. 211 fg.)

19) Eine rein prozessualische Frage ist es, ob der Kläger schon in der Klageschrift diese Thatsachen anführen müsse: diese Frage, welche in Ansehung persönlicher Klagen (aus dem oben §. 114 angeführten Grund) unbestritten (c. 2 X de libell. obl. 2, 3), dagegen in Ansehung der dinglichen Klagen für das heutige Recht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern lebhaft bestritten ist, muß nach österr. Prozeßrecht (wie wohl auch nach gemeinem Recht §§. 34. 37. 41. 96 J. R. A. vgl. Bayer Vortr. §. 164 II 3 lit. c., Osterloh Lehrb. II §. 184, Planck Beweisurtheil S. 258. 259) unzweifelhaft bejaht werden, §§. 3. 5. 12 A. G. O. §. 10 provis. C. P. O. Ebenso gehört die Frage, ob die mehreren Entstehungsgründe des behaupteten Rechts in eventum cumulirt werden dürfen oder gar müssen (z. B. Tradition und Ersitzung des Eigenthumsrechts), in das Prozeßrecht.

20) Hierüber herrscht unter den Schriftstellern im Ganzen und Wesentlichen Einigkeit (vgl. jedoch Rizy Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß 1841 S. 99 fg.), nur die Ausdrucksweise ist eine verschiedene; vgl. Weber Über Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß 3. Ausg. S. 130 fg. 214 fg., Knappe S. 100 fg. 112 fg., Albrecht S. 185 fg., Bethmann-Hollweg Versuche S. 349 fg., Schmidt Gemischte Einreden S. 44 fg., Linde Abhandlungen I Nr. 3, Haimerl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I S. 21 fg. Magaz. VI S. 258 fg. VII S. 167 fg., Reinhold in der angef. Abh. §§. 8 fg. 10 fg., Helmolt Verhältn. der Except. §. 26 Nr. 2; vgl. auch Savigny V S. 154. 155, Arndts Pandekt. §. 114.

21) Rizy Verbindlichk. zur Beweisführ. S. 106 fg. 135 fg. 144 fg. behauptet,

seien, läßt sich nicht im Allgemeinen, sondern nur mit Rücksicht auf die Natur des behaupteten Rechts beantworten[22]. Daß auch alle

---

daß rechtserzeugende, rechtsverhindernde und rechtsvernichtende Thatsachen, also juristische Thatsachen überhaupt immer nur Fakta im eigentlichen Sinn, positive Thatsachen sein können, indem eine negative Thatsache (ein unpassend so genanntes Non-Faktum) als non-ens, als reines Nichtgeschehensein, nicht Ursache einer Wirkung sein könne. Allein Rizy übersieht hierbei, daß Thatsachen nur in dem Sinn juristische Ursachen sind, daß das Recht gewisse Wirkungen an sie knüpft: nicht die Thatsache als solche erzeugt oder zerstört aus eigener Kraft Rechtsverhältnisse, wie etwa der Baum Früchte bringt oder das Feuer das Haus verzehrt, sondern das Recht legt dem Umstand, daß ein gewisses Ereigniß eingetreten oder nicht eingetreten ist, jene Wirkung bei (oben §. 71), gleichwie ja auch die Parteien das Dasein oder Nichtdasein ihres Willens vom Eintreten oder Ausbleiben eines Umstandes abhängig machen können (vgl. oben §. 82 Nr. II 1); in diesem Sinn kann eine negative Thatsache gewiß ebenso rechtswirksam sein als eine positive (vgl. unten §. 139 Note 15).

22) Mit Recht bemerkt Bethmann Versuche S. 352. 368. 369, daß „die meiste Schwierigkeit in der Anwendung (des aufgestellten Prinzips) von der Beantwortung der Frage herrühre, welches die den Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts constituirenden Merkmale oder Bedingungen seien, wie viel demnach von demjenigen, der ein Recht behauptet, zu beweisen sei. Diese Schwierigkeit kann aber nur durch Untersuchung der rechtlichen Natur der einzelnen Verhältnisse gelöst werden..... Die Zweifel können nicht durch allgemeine Regeln gelöst werden, sondern nur durch Untersuchung der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse und durch Benutzung der Winke, die die Gesetze selbst darüber geben". Es ist daher die Aufgabe einer sorgfältigen Darstellung des Privatrechts, bei der Behandlung eines jeden Rechtsverhältnisses die Frage zu beantworten, welche Momente die rechtserzeugenden, welche die rechtsverhindernden seien, eine Frage, welche oft nur durch eine schwierige mikroskopische Untersuchung der individuellen Rechtsmaterien befriedigend gelöst werden kann. Übrigens kommt das Corpus Juris und ebenso das bürgerl. Gesetzb. selbst bei der Lösung dieser Frage zu Hilfe, indem es an manchen Stellen (vgl. unten §. 129 Note 22a) eine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, welche Behauptung bewiesen werden müsse, worin nichts anderes als ein Ausspruch über die Anführungsverbindlichkeit selbst nach ihrer überwiegend praktischen Seite liegt (vgl. Note 9). Die Prozessualisten begnügen sich daher auch mit der allgemeinen Bemerkung, daß alle rechtserzeugenden Thatsachen zum historischen Klagegrund gehören und verweisen für das Detail auf das Civilrecht (vgl. z. B. Bayer Vortr. S. 610, Wetzell I §. 16): sie erkennen hiermit an, daß die Frage, was jede Partei anzuführen und zu beweisen habe, ihre reelle Beantwortung nur im materiellen Recht finden könne. — Beispiele: Der Kläger, der eine Darlehensforderung einklagt, hat die Zuzählung des Geldes zu behaupten und zu beweisen (§. 983 a. b. G. B.), wie überhaupt bei jeder Klage aus einem Realcontrakt die Hingabe als das obligatorische Faktum zu behaupten und zu beweisen ist; bei der Klage aus einem Schenkungsversprechen ist die schriftliche Abschließung der Schenkung (§. 943 a. b. G. B.), bei der Eigenthumsklage auf Grundlage der Occupation nebst der Besitzergreifung die Herrenlosigkeit der Sache (§§. 381. 388 a. b. G. B.), auf Grundlage der Tradition die Entstehung des abgeleiteten Rechts in der Person des Autors darzuthun (vgl. l. 20 pr. D. de A. R. D. 41, 1 Bethmann Vers. S. 360 fg., Arndts §. 166

allgemeinen (regelmäßigen) Voraussetzungen (Bedingungen) der Rechtsentstehung überhaupt vorhanden waren (z. B. allgemeine Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der Parteien[23], Privatrechtsfähigkeit der Sache, Übereinstimmung des Willens mit der Erklä-

---

Anm. 3 und die Literatur bei Wetzell I §. 16 Note 4); bei Klagen auf Schadenersatz hat der Kläger, wenn die Klage eine Contraktsklage ist, bloß den Abschluß des Vertrags und den erlittenen Schaden zu behaupten und zu beweisen, da der Beklagte aus der Obligatio verpflichtet ist, für den entstandenen Schaden in der Regel zu haften (§. 1298 a. b. G. B. l. 1 §. 16 D. depos. 16, 3 l. 3 §. 1 D. commod. 13, 6 l. 11 D. de prob. 22, 3 l. 5 C. de pign. act. 4, 24 vgl. Hasse Die Culpa 2. Aufl. S. 237 fg. vgl. auch l. 11 D. de prob. 22, 3 l. 1 §. 13 D. de magistr. conven. 27, 8) während, wenn die Klage eine Deliktsklage ist, der Kläger eine durch den Beklagten verursachte Beschädigung zu behaupten und zu beweisen hat, da hier die culpose Handlung die rechtserzeugende Thatsache ist (§. 1296 a. b. G. B. vgl. Weber Verbindl. zur Beweisführung VI §. 21, Wächter II §. 113, Puchta Pandekt. §. 267 a. E., Reinhold in der angef. Abh. §. 14, Gerber in der angef. Schrift §§. 22. 23); der Kläger, der auf den Dolus oder die mala fides des Gegners einen Anspruch stützt, hat diesen zu behaupten und zu beweisen (l. 18 §. 1 D. de prob. 22, 3 Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet; l. 30 C. de evict. 8, 45; auch in dieser praktischen Beziehung erweist es sich, wie unzweckmäßig die oben §. 101 Note 23 gerügten Bestimmungen des bürgerl. Gesetzb. über den Umfang der Schadenersatzpflicht sind); wer einen Pflichttheil in Anspruch nimmt, hat bloß zu behaupten und zu beweisen, daß er in dem kraft objektiver Rechtsvorschrift hiezu berechtigenden Verhältniß steht (cf. l. 1 D. de prob. 22, 3): es ist Sache des beklagten Erben, die Gründe anzuführen, aus welchen Kläger auf den Pflichttheil dennoch keinen Anspruch hat (§. 767 fg. a. b. G. B.), also insbesondere auch die Enterbung als eine rechtmäßig geschehene zu behaupten und zu beweisen (§§. 771. 782 a. b. G. B. nov. 115 c. 3 §. 14 vgl. Weber Verbindl. VI §. 26, Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 223 fg., Arndts im R. L. VIII S. 148 Pandekt. §. 602); ebenso hat der Kläger, der mit der condictio indebiti (§. 1431 fg. a. b. G. B.) auftritt, die Nichtschuld und den Irrthum zu behaupten und zu beweisen, weil er erst dadurch zeigt, daß Beklagter das Gezahlte sine causa habe; der Kläger, der mit der actio hypothecaria auftritt, hat nicht nur die Existenz der Forderung und die geschehene Verpfändung, sondern auch die Berechtigung des Verpfänders hiezu zu behaupten und zu beweisen l. 23 D. de prob. (22, 3) u. s. f.

23) Es hat also der Kläger den Mangel aller möglichen Hindernisse der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht im Detail zu behaupten und zu beweisen. Auch diese Regulirung der Anführungs- (und Beweis-) Verbindlichkeit läßt sich auf das Prinzip von Regel und Ausnahme (vgl. Note 25) zurückführen: derjenige, der sich auf die Regel beruft, hat nicht den Mangel aller möglichen Ausnahmen zu behaupten und zu beweisen, sondern derjenige, der sich auf das Vorhandensein einer Ausnahme stützt, hat dieses zu behaupten und zu beweisen. Bildet daher die Rechtsfähigkeit die Regel, so hat der Kläger die Regel für sich, und es ist Sache des Gegners, die Ausnahme darzuthun: daraus erklärt sich die Vorschrift der §§. 355. 356 a. b. G. B.; cf. l. 5 pr. D. h. t. (22, 3) Ab ea parte, quae dicit,

rung[23a]), hat der Kläger ebensowenig darzuthun[24], als daß solche Umstände nicht vorhanden sind, an welche die Gesetze eine Ausnahme von der Regel knüpfen, auf welche sich der Kläger zur Be-

adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere, cf. l. 17 D. de S. P. R. (8, 3). Dasselbe gilt bei der Handlungsfähigkeit: hieraus erklärt sich die Bestimmung des §. 566 a. b. G. B. (cf. l. 5 C. de codic. 5, 36). Bildet dagegen die Rechtsunfähigkeit die Regel, so hat jene Partei, welche aus einem solchen Geschäft ein Recht für sich ableitet, die Rechtsfähigkeit zu behaupten und zu beweisen, da hier die betreffende persönliche Eigenschaft eine Voraussetzung der besonderen Rechtsfähigkeit, hiemit also eine spezifische Bedingung der Rechtsentstehung ist, und da die Rechtsfähigkeit die Ausnahme von der Regel der allgemeinen Rechtsunfähigkeit zu einem gewissen Geschäft ist: daher mußte nach früherem Wechselrecht der Kläger die Fähigkeit des Beklagten zur Ausstellung eines eigenen (trockenen) Wechsels behaupten und beweisen vgl. Hofdekret 28. Okt. 1793, Wessely I Nr. 1854 (die Behauptung des Beklagten, er sei unfähig, einen trockenen Wechsel auszustellen, war daher negative Litiscontestation, nicht Einrede, wie Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1832 II S. 67—69, Haimerl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I S. 22 Note 3 mit Unrecht meinten. Dasselbe gilt in Ansehung der Handlungsfähigkeit: ist jemand handlungsunfähig, so hat derjenige, der sich auf ein von dem regelmäßig Handlungsunfähigen vorgenommenes Geschäft stützt, die ausnahmsweise Fähigkeit desselben zu behaupten und zu beweisen: hieraus erklärt sich die Bestimmung des §. 567 a. b. G. B. — Dagegen bildet weder die Großjährigkeit noch die Minderjährigkeit die Regel: wer auf die eine oder die andere Qualität seinen Anspruch stützt, hat dieselbe daher zu behaupten und zu beweisen: Beispiele für Beides s. in l. 32 l. 43 D. de minor. (4, 4) l. 4 C. de rest. (2, 22).

23a) Regel: die Erklärung des Willens bringt die betreffende juristische Wirkung (Entstehung u. s. w. eines Rechtsverhältnisses) hervor; Ausnahme: die Willenserklärung hat diese Wirkung nicht, wenn der Wille mit der Erklärung nicht übereinstimmt: daher ist nicht die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung, sondern die Nichtübereinstimmung als Hinderniß der regelmäßigen Wirkung der Willenserklärung zu behaupten und zu beweisen, vgl. auch oben §. 87 Note 3, Reinhold in der angef. Abh. §. 16 und insbesondere Römer Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 45 fg. 67. Dagegen gehört zum Existentwerden jedes Vertrags Willenseinigung: diese hat daher der Kläger, der aus einem Vertrag sein Recht ableitet, zu behaupten, und im Fall, daß der Beklagte ein Mißverständniß (oben S. 122 fg.) verschützt, zu beweisen.

24) Es hat daher der Kläger nicht zu behaupten und zu beweisen, daß die Sache, die er vindicirt, im Verkehr stehe (§. 355 a. b. G. B.), daß er fähig sei, Eigenthum zu erwerben (§§. 18. 355 a. b. G. B.) oder zu erben (§. 538 a. b. G. B.), daß die Paciscenten großjährig, bei vollem Verstand, dispositionsfähig u. s. f. waren, daß der Wechselschuldner kein Soldat sei (vgl. kaiserl. Verordn. v. 3. Juli 1852), daß der Vertrag nicht simulirt oder zum Scherz geschlossen sei, daß kein Zwang oder Betrug unterlaufen sei, daß die sich verbürgende Person die freie Verwaltung ihres Vermögens gehabt habe (§. 1349 a. b. G. B.) u. s. f. — Irriger Weise hat man in früherer und selbst noch in neuerer Zeit den Begriff der rechtlichen Vermuthungen hier eingemischt und behauptet, daß eine rechtliche Vermuthung gegen das Vorhandensein solcher Hindernisse, wie der Minderjährigkeit,

gründung seines Klageanspruchs stützt[25]. Es ist Sache des Beklagten, die Thatsachen anzuführen, welche die Wirkung der rechtserzeu-

---

des Wahnsinns, der Trunkenheit u. s. f. spreche (vgl. z. B. Albrecht Die Exceptionen §. 38 S. 192 fg., Wagner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 Bd III S. 38 fg., Haimerl im Magaz. VI S. 266 fg., Helmolt Unterschied zwischen Klagableugnung und Einrede §§. 10. 11, Puchta Pandekt. §. 97 und Vorles. I S. 223, Wächter Handb. II S. 437, Osterloh Lehrb. II §. 184 u. A.). Diese Auffassung, wonach man bald für, bald gegen denselben Umstand eine Vermuthung anzunehmen genöthigt ist, ist aus dem unrichtigen Prinzip der älteren Doktrin über die Vertheilung der Beweislast, sowie aus dem Verkennen des Wesens einer Rechtsvermuthung hervorgegangen; vgl. das Nähere unten §. 130 und gegen jene Statuirung von Vermuthungen Weber Verbindl. S. 132, Bethmann Versuche S. 353 fg., Reinhold §§. 12. 15. 24, Gerber in der angef. Schrift §. 4.

25) Es handelt sich hier um Fälle, in welchen die regelmäßige Wirkung einer rechtserzeugenden Thatsache ausnahmsweise nicht eintritt. Unter Regel und Ausnahme ist aber nicht die statistische Mehrzahl (resp. Minderzahl) der Fälle zu verstehen, sondern die Regel ist der allgemeinere Rechtssatz, die Ausnahme der speziellere Rechtssatz, welcher die Anwendung des allgemeineren (der Regel) ausschließt (vgl. Bethmann S. 351 fg. 365, Reinhold §. 8): in einem solchen Fall geht das Besondere dem Allgemeinen vor, so daß die Thatsache, welche unter die Regel fällt, die rechtserzeugende ist, und der Umstand, an welchen das Gesetz die Ausnahme knüpft, die rechtshindernde Thatsache bildet. Die Faktoren der Rechtsentstehung lassen sich somit auf positive und negative zurückführen (positive und negative Erfordernisse): jene müssen vorhanden sein, damit das Recht entstehe, diese dürfen nicht fehlen, da ihr Gegentheil das Entstehen des Rechts hindert (Erfordernisse — Hindernisse der Rechtsentstehung): jene Umstände bringen das Recht hervor (positive Bedingung der Rechtsentstehung), durch diese wird nur ein sonst stattfindendes Hinderniß der Rechtsentstehung ausgeschlossen (negative Bedingung der Rechtsentstehung). In manchen Fällen hebt das Gesetz selbst das Verhältniß von Regel und Ausnahme hervor, indem es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen man einen Anspruch habe und unter welchen man ihn nicht habe, so daß darüber, welche Thatsache die rechtserzeugende, welche die rechtshindernde sei, nicht leicht ein Zweifel entstehen kann. So besteht die Regel, daß der Käufer im Eviktionsfall Anspruch auf Gewährleistung hat (§. 923 a. b. G. B.), von dieser Regel besteht die Ausnahme, daß der Käufer diesen Anspruch nicht hat, wenn er die fremde Sache wissentlich an sich bringt (§. 929 a. b. G. B. l. 27 C. de evict. 8, 45 l. 7 C. comm. utr. 3, 38); Regel: der Käufer einer mit physischen Mängeln behafteten Sache hat Anspruch auf Gewährleistung (§. 922 fg. a. b. G. B.), Ausnahme: er hat diesen Anspruch nicht, wenn die Mängel der Sache in die Augen fallen (§. 928 a. b. G. B. l. 14 §. 10 D. de aed. edict. 21, 1 l. 48 §. 4 D. eod.; unrichtig Römer Beweislast S. 53 fg.); Regel: der über die Hälfte verletzte Contrahent hat ein Anfechtungsrecht (§. 934 a. b. G. B.), Ausnahme: er hat es in gewissen Fällen (§. 935 a. b. G. B.) nicht (in diesen Fällen erzeugt nicht der Irrthum das Recht, sondern das Wissen schließt das Recht aus, hindert dessen Entstehung; oben §. 81 Note 6); Regel: der Cedent haftet dem Cessionar im Fall einer entgeltlichen Cession für die Einbringlichkeit der Forderung (§. 1397 a. b. G. B.), Ausnahme: er haftet nicht, wenn der Cessionar aus den öffentlichen

genden Faktoren zu paralysiren, also die Entstehung des klägerischen Rechts zu verhindern vermochten (rechtshindernde Thatsachen, Hindernisse der Rechtsentstehung).

2) Der Kläger nimmt das Recht als ein gegenwärtig daseiendes

Büchern sich über die Einbringlichkeit der Forderung belehren konnte oder wenn die Forderung durch einen bloßen Zufall oder durch Schuld des Cessionars uneinbringlich wird (§§. 1398. 1399 a. b. G. B.); Regel: der Entschädigungsbürge haftet dem Bürgen für den Schaden, den dieser durch die Bürgschaft erleidet (§. 1348 a. b. G. B.), Ausnahme: er haftet nicht, wenn sich der Bürge den Schaden durch sein eigenes Verschulden zugezogen hat (§. 1362 a. b. G. B., der durch seine positive Fassung Bedenken veranlassen könnte, die jedoch ungegründet wären) u. s. f. In solchen Fällen hat der Kläger sich bloß auf die Regel zu berufen und braucht das Nichtdasein der möglichen Ausnahmen nicht zu behaupten und zu beweisen (vgl. auch oben §. 77 Note 19 und dazu Römer Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 30 fg.). Daher hat auch derjenige, der sich auf die Verjährung oder Ersitzung stützt, nur die positiven Erfordernisse derselben, nicht den Mangel der Hindernisse (der Hemmungs- und Unterbrechungsgründe) darzuthun. (Daß bei der Ersitzung derjenige, der sein Recht aus ihr ableitet, dennoch nicht einmal die ununterbrochene Fortsetzung seines Besitzes zu beweisen braucht, sondern daß sein Gegner die Unterbrechung durch s. g. usurpatio naturalis behaupten und beweisen muß, kann erst in der Lehre von der Ersitzung befriedigend erklärt werden: Puchta Pandekt. §. 161 und Vorles. I S. 223 hilft sich mit einer willkürlichen Präsumtion.) Aus dem gleichen Grund hat bei einer Contraktsklage auf Rückgabe einer Sache der Kläger nur die Thatsache des Vertragsabschlusses zu behaupten und zu beweisen: daß das Hinderniß der Gültigkeit des Vertrags, welches darin besteht, daß die betreffende Sache dem Beklagten gehört (cf. l. 15 D. depos. 16, 3 l. 45 pr. D. de R. J.), nicht vorhanden war, hat nicht der Kläger, sondern vielmehr der Beklagte dessen Dasein zu behaupten und zu beweisen (daß diese Einwendung des Beklagten in manchen Fällen ausgeschlossen ist, §. 1109 a. b. G. B. l. 25 C. locat. 4, 65, ändert an der Sache nichts). In manchen Fällen jedoch faßt das Gesetz sämmtliche Voraussetzungen in Einen Satz zusammen, so daß es im Einzelnen oft schwierig wird, die positiven Faktoren der Rechtsentstehung von den negativen zu sondern und hiedurch das Gebiet der gegenseitigen Anführungs- und Beweisverbindlichkeit mit Sicherheit abzugrenzen. So z. B. heißt es im §. 1288 a. b. G. B., daß „der Versicherer für den zufälligen Schaden hafte"; dennoch ist die Regel vielmehr die, daß der Versicherer für den Schaden hafte, von der dann die Ausnahme besteht, daß der Versicherer für den Schaden nicht hafte, wenn dieser durch das Verschulden des Versicherten entstanden ist vgl. §. 1290 a. b. G. B. (vgl. Gerber System §. 202 Note 9, Mittermaier Grunds. II §. 302 Note 14). Auch sonst wohl erweiset sich ein Umstand, der auf den ersten Blick als positiver Faktor der Rechtsentstehung erscheint, bei näherer Betrachtung nur als eine negative Bedingung derselben: so ist insbesondere die bona fides nicht ein positiver Faktor der Ersitzung, sondern die mala fides schließt vielmehr die Ersitzung aus, daher der Gegner dessen, der sich auf die Ersitzung beruft, die mala fides desselben zu behaupten und zu beweisen hat, so daß ihm also, ganz abgesehen von allen s. g. Vermuthungen für die bona fides (§. 328 a. b. G. B.), die Beweislast in dieser Beziehung obliegt; vgl. unten §. 130 Note 39.

in Anspruch, behauptet also dessen gegenwärtige Existenz: dennoch braucht der Kläger diese Behauptung nicht zu substantiiren[26]. Er ist also nicht genöthigt, alle Thatsachen, welche das entstandene Recht späterhin zu vernichten vermochten (die s. g. rechtsvernichtenden, unmittelbar rechtsaufhebenden Thatsachen anzuführen, und zu behaupten (resp. zu beweisen), daß keine derselben eingetreten sei[27].

---

26) Unrichtig ist es, wenn Reinhold S. 33 behauptet, daß der Kläger nicht anzuführen brauche, „daß das Rechtsverhältniß, auf dessen Anerkennung er klagt, zur Zeit noch bestehe": der Kläger muß dieß vielmehr allerdings, wenn auch nicht ausdrücklich, behaupten, und ist nur von der Substantiirung dieser Behauptung befreit. Im römischen Formularprozeß trat diese Behauptung bei der in jus concipirten Formula schon in der auf die Gegenwart gestellten Fassung der Intentio (der concreten Rechtsbehauptung) hervor: si paret rem meam esse, N^{m}. N^{m}. A^{o}. A^{o}. centum dare oportere u. s. f. Bei den in factum concipirten Formeln trat die Behauptung der gegenwärtigen Existenz des Rechts öfters ausdrücklich in der Form der Assertion hervor, daß die Obligatio noch nicht erfüllt worden sei; so z. B. bei der in factum concipirten Depositumsklage (Gaj. IV §. 47 Si paret A^{m}. A^{m}. apud N^{m}. N^{m}. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^{ii}. N^{ii}. A^{o}. A^{o}. redditam non esse —), ebenso bei der actio quasi Serviana (Si paret eam rem A^{o}. A^{o}. pignori obligatam eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse — vgl. Bachofen Pfandrecht S. 48, Keller Civilproz. S. 127), während bei anderen formulae in factum conceptae diese Behauptung nicht ausdrücklich hervortrat (vgl. z. B. Gaj. IV §. 46 und Savigny V S. 159. 160). Auch h. z. T. pflegt man bei persönlichen Klagen den Übergang zum Petit dadurch zu bilden, daß man die allgemeine Behauptung ausspricht, Beklagter habe seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, Zahlung sei noch nicht geleistet worden u. ä. m.

27) Hierüber herrscht Einigkeit unter den Schriftstellern; vgl. statt Aller Savigny V §. 225. Verkehrter Weise hat man auch hier wieder Präsumtionen einmischen und die richtige Thesis mit der unrichtigen Behauptung motiviren wollen, daß eine Rechtsvermuthung für die Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts und gegen die Auflösung eines begründeten Rechtsverhältnisses streite (so z. B. Linde Abhandl. S. 119, Albrecht Die Exceptionen S. 186 fg., Bethmann S. 347. 348, Wächter II S. 443, Puchta §. 97 u. A.; vgl. dagegen mit Recht Reinhold §§. 11. 12. 24), während sich doch die Sache einfach so verhält, daß der für das Entstandensein des Rechts begründete Schluß so lange in Kraft bleibt, als nicht ein Schluß entgegengesetzter Art begründet wird, der jenen beseitigt (vgl. auch Knappe S. 101, Reinhold S. 25). In der That, gäbe es wirklich Präsumtionen in der angegebenen Beziehung, so müßten sie vielmehr gegen die Fortdauer eines Rechts streiten, da die Rechtsverhältnisse und Rechte gleich allem Entstandenen vergänglich sind. Auch ist nicht abzusehen, wie die Schriftsteller, welche der hier bekämpften Ansicht huldigen, dennoch die Berufung des Beklagten auf eine rechtsvernichtende Thatsache eine Einrede (im weiteren Sinn) nennen können (so z. B. Wächter S. 443. 495), da doch unter jener Voraussetzung diese Behauptung des Beklagten vielmehr negative Litis-

3) Stützt sich jedoch der Anspruch des Klägers gerade auf das Vorhandensein von rechtshindernden oder (unmittelbar oder mittelbar) rechtsaufhebenden Thatsachen, so hat er diese anzuführen und erforderlichenfalls zu beweisen, da sie die Träger seines Anspruchs sind[28].

4) Da der Kläger mit der Klage einen obligatorischen oder obligationsähnlichen Anspruch gegen den Beklagten erhebt (oben §. 113), so muß in der Klage die Beziehung dieses Rechtsverhältnisses auf den Kläger und den Beklagten bestimmt hervortreten. Zur Begründung des Klageanspruchs gehört daher auch die Anführung jener Thatsachen, aus welchen hervorgeht, daß der erhobene Anspruch diesem Kläger[29] gegen diesen Beklagten zustehe: der Kläger hat sich, wie man dieß auszudrücken pflegt, zur Sache zu legitimiren[30] (legitimatio ad causam). Der Nachweis jener persönlichen Beziehung des Klageanspruchs wird in vielen Fällen schon durch die Darlegung der Entstehung des behaupteten Rechts geliefert[31].

---

contestation (Widerspruch der ausdrücklichen oder stillschweigenden Klagebehauptung) und ihr Beweis nicht Hauptbeweis, sondern eigentlicher Gegenbeweis wäre.

28) Dieselbe Thatsache, welche nach einer Richtung hin rechtshindernd oder rechtsaufhebend wirkt, kann nach einer andern Richtung hin rechtserzeugend wirken und daher unter Umständen zur Begründung der Klage gehören (vgl. auch Reinhold S. 29). So ist die Zahlung eine rechtsvernichtende Thatsache, sie ist aber zugleich insofern eine rechtserzeugende, als der liberirte Schuldner das Recht hat, von dem Gläubiger den Schuldschein zurückzufordern: die Behauptung (resp. der Beweis) der geschehenen Zahlung gehört daher zur Begründung dieser condictio sine causa l. 2 C. de condict. ex leg. (4, 9) l. 25 C. de solut. (8, 43) Solutionem asseveranti probationis onus incumbit, quo facto chirographum condicere potest. Der im Text angeführte Fall tritt bei allen Klagen auf Aufhebung oder Nullitätserklärung eines Rechtsgeschäfts oder eines Rechtsverhältnisses ein; so hat der Kläger, der auf Aufhebung des Kaufgeschäfts wegen laesio enormis klagt, nicht nur den Abschluß des Kaufgeschäfts, sondern auch die stattgefundene Verletzung über die Hälfte darzuthun; so hat der Kläger, der auf Nullität eines Geschäfts klagt (z. B. §§. 877. 1487 a. b. G. B.), den Nullitätsgrund zu behaupten und zu beweisen; ebenso hat der Kläger, der auf Aufhebung des Commodats oder des Bestandverhältnisses klagt, die ihn hiezu berechtigenden Gründe darzuthun (§§. 978. 1118 a. b. G. B.).

29) l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6) — de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet —. l. 31 i. f. D. de jud. (5, 1).

30) Über den Begriff und die verschiedenen Arten der Legitimation vgl. Brackenhöft im R. L. VI S. 353 fg., Bethmann-Hollweg Versuche S. 80. 81, Unger Inhaberpap. §. 4 Note 2.

31) So z. B. wenn der Kläger den Beklagten mit der Darlehensklage belangt

Anders jedoch in manchen Fällen, wie bei der Cession von Forderungen oder der Übernahme von Schulden, bei dem Übergang eines Rechtsverhältnisses auf die Erben, bei der Verknüpfung eines Rechts oder einer Last mit einer Sache (Realrechte und Reallasten), bei Rechtsverhältnissen, welche ihre concrete Voraussetzung in einer persönlichen Qualität haben (z. B. die Intestaterbfolge in der Blutsverwandtschaft), bei den Theilungsklagen, und wenn faktische Zustände die Voraussetzung der Zuständigkeit eines Anspruchs sind (z. B. der Sachbesitz für die Vindikation §. 369 a. b. G. B. l. 9 D. de R. V.). In diesen Fällen pflegt man von den Thatsachen, welche den behaupteten Anspruch in objektiver Beziehung (an sich) als begründet darstellen, jene Umstände zu unterscheiden und besonders hervorzuheben, welche dessen subjektive Beziehung darthun, also nachweisen sollen, daß der erhobene Anspruch zwischen diesen Personen stattfinde (Aktiv- und Passivlegitimation des Klägers [32]) und nennt sie insbesondere Legitimationspunkte. Diese Legitimationspunkte bilden eine Erweiterung des historischen Klagegrundes [32a], der insofern als ein zusammengesetzter [33] erscheint; sie gehören in die Kategorie der Klagethatsachen und sind daher gleich den übrigen, von denen sie sich in nichts unterscheiden, vom Kläger anzuführen [34].

---

und behauptet, daß er dem Gegner geliehen habe, oder wenn der Kläger den Beklagten aus einem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag belangt, oder wenn der Usufruktuar den Rechtsverletzer mit der actio confessoria angreift (l. 60 pr. §. 1 D. de usufr. 7, 1) u. s. f.

32) Man pflegt öfters unter Aktivlegitimation nur die Legitimation, welche der Kläger, unter Passivlegitimation nur jene, welche der Beklagte zu führen hat, zu verstehen (so z. B. Gönner Handb. I Abh. 15 §. 2 fg.), allein mit Unrecht, da bei jeder Partei gleichmäßig sowohl eine Aktiv- als eine Passivlegitimation zu unterscheiden ist (unten §. 125 Note 28), vgl. Schmid Handb. I S. 177, Bayer Vortr. S. 65, Haimerl Die Parteien und ihre Stellvertreter S. 35.

32a) Vgl. Linde Lehrb. des gem. deutsch. Civilproz. 7. Aufl. §. 115, Schmidt Die gemischten Einreden §. 3 Note 44.

33) Manche Prozessualisten nennen die Legitimationspunkte fundamentum agendi intermedium, welcher (unpassende) Ausdruck aber auch noch in manchen andern Beziehungen gebraucht wird, vgl. z. B. Martin Lehrb. §. 88 Vorles. I S. 474.

34) Die ältere Doktrin pflegte den Legitimationspunkt vom Klagegrund zu trennen und ihn demselben entgegenzusetzen, woraus in prozessualischer Beziehung wichtige Consequenzen abgeleitet wurden, indem man meinte, daß die legitimatio ad causam ebenso wie die legitimatio ad processum der Gültigkeit des Ver-

5) Zur Begründung des Klageanspruchs gehört endlich noch die Anführung aller Umstände, aus welchen hervorgeht, daß das Recht zur gerichtlichen Verfolgung reif, also actio nata sei. Hängt die Nativität der Klage von besonderen rechtlichen Voraussetzungen ab (oben §. 116), so gehören dieselben zu den Klagthatsachen, und es hat daher der Kläger ihr Dasein zu behaupten und zu beweisen[35].

6) Der Anstellung der Klage braucht eine außergerichtliche Einmahnung des Beklagten nicht vorauszugehen: sobald der klagbare Anspruch dem Berechtigten zusteht, kann er ihn ohne weiteres gerichtlich erheben[36]. Es ist daher auch in der Klage die Anführung

---

fahrens präjudicire, daher man, wie von einer exceptio deficientis legitimationis ad processum, so von einer exceptio deficientis legitimationis ad causam sprach und nur darüber stritt, ob diese Einrede eine dilatorische (so z. B. Grolmann Gerichtl. Verfahr. S. 64 Note 2, Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 87 fg.), oder eine peremtorische oder gar eine s. g. gemischte (anomale) sei (vgl. hierüber Bethmann Versuche S. 95 Note 21). Die legitimatio ad causam sollte daher wie die legitimatio ad processum gleich bei der Anstellung der Klage dargethan werden, oder doch, wenn dieß nicht geschehen war, in jedem Stadium des Prozesses vom Beklagten, ja selbst vom Richter ex officio nachgefordert werden dürfen (vgl. die literarischen Nachweise bei Bethmann Vers. S. 79 fg. 93 fg. 127 fg.). Man ist aber h. z. T. seit den trefflichen Ausführungen von Bethmann-Hollweg Versuche Nr. III „Über die Legitimation zur Sache" (S. 78—137) allgemein (vgl. z. B. Schmid Handb. I §. 69, Linde Lehrb. §. 115, Bayer Vortr. §. 21, Brackenhöft Erört. S. 323 fg. und im R. L. VI S. 381 fg., Stabel §. 21, Osterloh Lehrb. I §. 113, Wetzell System I S. 95 u. A.) zur Überzeugung gekommen, daß der Legitimationspunkt zum Klagegrund gehöre und sich von den übrigen Klagethatsachen weder in Ansehung der Verhandlung noch des Beweises unterscheide. Daß sich dieß ebenso nach österr. Prozeßrecht verhalte, daß also auch nach österr. Recht die Sachlegitimation Bedingung des Sieges in der Hauptsache, nicht Vorbedingung des Auftretens als Kläger sei, darüber vgl. Haimerl Die Parteien §. 9 Nr. 1.

35) Es hat daher der Kläger, der aus einem bedingten oder betagten Recht klagt, die Erfüllung der Bedingung resp. den Eintritt des dies darzuthun. (Sollte der Kläger, der aus einem bedingten Recht klagt, die Erfüllung der Bedingung in der Klage nicht behaupten, so wäre eine solche mangelhaft instruirte Klage dennoch nicht einseitig vom Richter abzuweisen, sondern dem Beklagten um seine Antwort mitzutheilen, vgl. Brackenhöft Erörter. S. 441 und oben Note 18.) Ebenso hat der Kläger bei der actio pigneraticia directa die Tilgung der Pfandschuld zu behaupten und zu beweisen u. s. f. (vgl. oben §. 116 Note 13).

36) cf. l. 1 §. 22 D. depos. (16, 3) l. 94 §. 1 D. de solut. (46, 3) l. 18 D. de fidej. (46, 1) vgl. Madai Lehre von der Mora S. 28 fg. 399, Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 353, Brackenhöft Erörter. S. 412 fg., Heerwart im Arch. f. civil. Prax. Bd XIV S. 229 fg. Die Unterlassung der außergerichtlichen Mahnung kann nur die Folge haben, daß der Kläger dem Beklagten, der sich sofort bereit erklärt, den Klageanspruch zu erfüllen

des Umstands, daß eine erfolglose gerichtliche Aufforderung an den Beklagten stattgefunden habe (s. g. clausula monitoria) überflüssig [37], es müßte denn der Kläger auf die geschehene außergerichtliche Einmahnung seinen Anspruch (in der Hauptsache oder doch in der Nebensache [37a]) stützen, in welchem Fall dieselbe zu den Klagthatsachen gehört [38].

II. Die Thatsachen, auf welche der Kläger sein Klagerecht stützt, vermögen nur dann den erhobenen Klageanspruch hervorzubringen, wenn ihnen das objektive Recht diese rechtserzeugende Wirkung beilegt (oben §. 72). Der Klageanspruch erscheint daher nur dann als gerechtfertigt, wenn sich die Klagethatsachen unter ein Gesetz subsu-

---

(l. 21 D. de jud. 5, 1) die Prozeßkosten ersetzen muß, die er ihm nöthigerweise verursacht hat cf. l. 79 pr. D. de jud. (5, 1) vgl. Schmid Handb. II §. 95 Note 5, Bayer Vortr. §. 164 II Nr. 4, Wetzell II S. 416. Daß sich dieß ebenso nach österr. Recht verhalte und daß insbesondere aus §. 366 a. b. G. B. (verb. „seine ihm vorenthaltene Sache") nicht das Gegentheil abgeleitet werden dürfe, darüber vgl. Zeiller II S. 132, Winiwarter II S. 123, Stubenrauch I S. 723 Note *** (gegen Nippel III S. 213 fg.; auch die Darstellung Ellinger's ad §. 366 ist theilweise unrichtig). — Daß in manchen Fällen der Klaganstellung ein Vergleichsversuch im außergerichtlichen oder politischen Weg vorangehen muß, ist hier ohne Interesse.

37) Doch wird sie in dem Klagevortrag, insbesondere bei Klagen aus obligatorischen Rechtsverhältnissen, häufig gemacht, da sie den natürlichen Übergang von der Geschichtserzählung zum Petit bildet (z. B. da Beklagter trotz wiederholter Aufforderung seine Verbindlichkeit bisher nicht erfüllt hat, so u. s. f.); vgl. nebst den Note 36 Angef. auch Martin Lehrb. §. 145 Note d, Schmidt Gemischte Einreden S. 35 fg., Sintenis Erläuter. S. 286 fg. Savigny VI S. 82. 83 (Über die l. 10 C. de pign. 8, 14, welche man öfters irriger Weise für die entgegengesetzte Ansicht anführt vgl. Brackenhöft Erörter. S. 413 Note 46, Schmid Handb. II §. 95 Note 5). A. A. mit Unrecht Linde Lehrb. §. 152 Note 8 Abh. S. 88 fg., Lang Einrede des nichterfüllten Contrakts S. 49. 52, Beidtel Gerichtl. Verfahr. §. 39 Nr. 3, Helmolt Beitrag S. 67. 71 fg., Osterloh II S. 15. (Diese unrichtige Ansicht tritt öfters auch in Gestalt der Behauptung auf, daß die Angabe der geschehenen Rechtsverletzung stets und unbedingt zum Klagegrund gehört, und beruht in ihrem letzten Grund auf der unrichtigen Meinung, daß die Rechtsverletzung eine unerläßliche Voraussetzung der Nativität der Klage sei.)

37a) Denn gleich den Thatsachen, welche zur Fundirung des Hauptanspruchs gehören, müssen auch die zur Begründung der Nebenansprüche erforderlichen Umstände angeführt und erforderlichenfalls bewiesen werden; vgl. Gensler im civil. Arch. Bd I S. 380.

38) Dieß ist insbesondere der Fall, wenn sich der Anspruch auf die Mora des Beklagten stützt und diese erst durch persönliche Einmahnung (s. g. interpellatio hominis) entsteht (§. 1334 a. b. G. B.), da die erfolglose Mahnung hier nicht bloß Veranlassung, sondern Grund der Klage ist.

miren lassen, welches die intendirte Folge an sich knüpft[39]. Der Inbegriff der Umstände, welche das Klagerecht in dieser Beziehung als begründet erscheinen lassen, macht die rein rechtliche Seite des prozessualischen Klagegrundes, den s. g. rechtlichen Klagegrund (das rechtliche Klagfundament) aus[40]. Der Kläger, der seinen An-

39) Da ein subjektives Recht nur dann in concreto vorhanden ist, wenn das objektive Recht ein solches überhaupt anerkennt und wenn sich die Thatsachen verwirklicht haben, an welche das Gesetz die Wirkung der Entstehung dieses Rechts knüpft, so folgt daraus von selbst, daß ein Klageanspruch in rechtlicher Beziehung nicht fundirt ist, wenn eine dieser beiden Voraussetzungen fehlt. (Ob der Richter eine Klage, welcher es unzweifelhaft an dem rechtlichen Fundament fehlt, von Amtswegen und zwar sofort [a limine judicii] und unbedingt abweisen dürfe, ist im Prozeßrecht zu lösen und zwar wie nach gemeinem Prozeßrecht [vgl. W. H. Puchta Das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters 1836 S. 30 fg., Mittermaier „Über Recht und Pflicht des Richters angestellte Klagen ohne Vernehmung des Beklagten bedingt oder unbedingt abzuweisen" im civil. Arch. Bd V Nr. XIV insbes. S. 376, Bayer Vortr. §. 173 lit. A., Wetzell System II §. 45] so nach österr. Recht bejahend, vgl. Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 17, Füger Gerichtl. Verfahr. I S. 10; a. A. Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 119.)

40) Man pflegt den rechtlichen Klagegrund auch fundamentum agendi remotum zu nennen (vgl. Osterloh I §. 127 II §. 183), im Unterschied vom historischen Klagegrund als dem s. g. fundamentum agendi proximum (Note 16): allein diese Unterscheidung eines näheren und entfernteren Klagegrundes, über deren Bedeutung und Bezeichnung überdieß die größte Meinungsverschiedenheit herrscht, ist schon deßhalb gänzlich aufzugeben (vgl. Bayer Vortr. §. 164 Nr. IV, Wächter Handb. II §. 66 Note 7), weil es einen doppelten Klagegrund gar nicht gibt. Es gibt nur Einen Klagegrund, der sich aber nach zwei Seiten betrachten und darstellen läßt: dieser Klagegrund ist der Inbegriff der juristischen Thatsachen, welche das Klagerecht hervorgebracht haben, und welche sich theils nach der Seite ihrer faktischen Verwirklichung (historischer Klagegrund, faktische Seite der Klagebegründung), theils nach der Seite ihrer juristischen Bedeutung und Wirkung (rechtlicher Klagegrund, rechtliche Seite der Klagebegründung) auffassen und darstellen lassen. Da man häufig sagt, daß das subjektive Recht mittelbar aus dem Gesetz, unmittelbar aus den Thatsachen entspringe (vgl. oben S. 4), so spricht man auch beim Klagerecht, welches ja nichts anderes als das Recht selbst als klagbares ist, vom Gesetz als dem mittelbaren Entstehungsgrund desselben und nennt es insofern den Rechtsgrund der Klage (fundamentum in jure positum): in diesem Sinn findet sich der Ausdruck „Rechtsgrund" z. B. im §. 10 prov. C. P. O. (wo er aber als Pleonasmus erscheint: „Berufung auf Gesetze und Rechtsgründe") und im §. 294 daselbst. Allein auch diese (allgemein übliche) Bezeichnung läßt sich nicht empfehlen, da dieser Ausdruck leicht den Irrthum erzeugt, daß der Klagegrund ein doppelter sei, während sich doch nur zwei Elemente in der Einen und untheilbaren Klagebegründung unterscheiden lassen und nur beide Momente vereint den Klagegrund ausmachen (vgl. auch Förster Klage und Einrede S. 25. 26), da er ferner häufig in einer andern Bedeutung, nemlich zur Bezeichnung des der Klage zu

spruch in dieser Richtung begründen will[41], hat die objektive Rechtsvorschrift anzuführen, aus welcher er seinen Anspruch ableitet, und nachzuweisen[42], daß die angeführten Klagethatsachen sich unter diese Vorschrift subsumiren lassen, daß sich also aus diesen Prämissen der Schluß ergibt[43], welcher in Gestalt einer concreten Anforderung den Inhalt des Klageanspruchs bildet.

III. Der Kläger hat es nicht nöthig, die Klage in irgend einer Weise technisch zu bezeichnen: insbesondere braucht er nicht den Kunstnamen anzuführen, welchen die Klage etwa führt[44]. Es genügt, wenn der Kläger die Thatsachen, auf welche sich sein Anspruch stützt, anführt, und diesen Anspruch selbst im Petit bestimmt und klar

---

Grunde liegenden Rechts, also der materiellen causa actionis, des subjektiven Klagerechts (vgl. §. 49 A. G. O.) gebraucht wird (so z. B. in den §§. 11. 18. 127 prov. C. P. O.; in eigenthümlicher Weise unterscheidet das Register zu dieser G. O. die Ausdrücke „Rechtsgründe" und „Rechtsgrund"), und da man doch auch bei dem ruhenden Recht (z. B. dem Eigenthumsrecht) nicht das Gesetz den Rechtsgrund, die Thatsachen (z. B. die Ersitzung) den faktischen Grund des Rechts, sondern beides vereint den Rechtsgrund (Titel vgl. §. 348 a. b. G. B.) nennt (oben §. 73 Note 41).

41) Denn in der Regel ist der Kläger hiezu nicht verpflichtet, da der Richter sich selbst auf den rechtlichen Standpunkt zu stellen und die Gesetze von Amtswegen zu berücksichtigen hat (vgl. §. 12 A. G. O. §§. 10. 294 C. P. O. Hofdekret 15. Jänn. 1787 lit. ii, Wessely I Nr. 1606 vgl. §. 96 J. N. A. und l. un. C. ut quae desunt 2, 11 Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id *supplere* et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire. l. 13 C. de sentent. 7, 45 vgl. auch Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast §. 22). Die Ausnahmsfälle, in welchen die Partei genöthigt ist, das Gesetz, worauf sie ihren Antrag stützt, ausdrücklich anzuführen, gehören in das Prozeßrecht, vgl. Bayer Vortr. §. 163, Beidtel Gerichtl. Verf. §. 50.

42) Diese Ausführung des Klägers im Klagevortrag, welche insbesondere dann stattfindet, wenn es sich um Auslegung oder analoge Anwendung des Gesetzes handelt, auf welches sich die Klage stützt, nennt man rechtliche Deduction.

43) Diese Schlußfolgerung, welche die aus den faktischen und rechtlichen Prämissen abgeleitete Behauptung des in der Klage erhobenen, im Petit *formulirten* Anspruchs enthält, wird hin und wieder in den Klagevortrag ausdrücklich gezogen (s. g. Conclusion) vgl. §. 34 J. N. A. Sintenis Erläuter. II S. 275 fg., Schmidt Die gemischten Einreden S. 37. 38.

44) cf. l. 1 l. 2 C. de form. subl. (2, 58) und das berüchtigte cap. 6 X de jud. (2, 1) Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri *solet*, cujus modi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sct. patrum instituta investigare curetis.; vgl. Savigny V S. 147 fg., Wächter Handb. II S. 446. 447, Gensler im civil. Arch. I S. 365 Note**, Osterloh Lehrb. II S. 13.

§. 8 A. G. O. §. 4 Nr. 4 §. 40 prov. C. P. O.) formulirt[45]. Immerhin aber ist es bei der materiellen Verschiedenheit der Klagen, welche nicht etwa mit der Verpflichtung, das genus actionis zu benennen, hinweggefallen ist[46], von großer Wichtigkeit, daß sich Kläger und Richter darüber klar werden, um welche individuelle Klage es sich im concreten Fall handle[47], da ja die Klage nichts anderes

45) Thatsachen und Petit machen (vollends) im heutigen Recht die feste Grundlage des Prozesses und des Urtheils aus (vgl. Kierulff Theorie I S. 256 fg.): es kommt also nur darauf an, ob das in der Klage geltend gemachte Recht sich als begründet (daseiend) erweist (an actio apta rei et proposito negotio competens sit cf. l. 2 C. cit. 2, 58), nicht ob oder wie es vom Kläger benannt ist (vgl. auch oben §. 89 Note 31). Hätte der Kläger die Klage unrichtig benannt, so hat der Richter, wenn das Petit durch die Klagthatsachen gerechtfertigt erscheint, diesen Fehler zu verbessern, so daß die falsche Benennung ebenso unschädlich ist, wie die Unterlassung der Benennung (vgl. Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden 1802 Stück II S. 6); sind mehrere Klagen anwendbar und hat der Kläger eine passende gewählt und benannt, so muß sich der Richter an diese Wahl halten (Gensler l. c. Schmid Handb. II §. 95 Note 14): hat der Kläger die angestellte Klage nicht benannt, so hat der Richter jene Klage als erhoben anzunehmen, welche dem im Petit ausgesprochenen Zweck des Klägers am meisten entspricht: das Petit selbst darf der Richter natürlich nicht ändern (vgl. Gönner Handb. I Abh. 10 §. 11, Savigny V §. 224 Note o); unter dieser Beschränkung hat der Richter überhaupt das Mehrdeutige oder Zweifelhafte in der Klage ebenso zu Gunsten des Klägers wie in der Einrede zu Gunsten des Beklagten auszulegen l. 172 §. 1 D. de R. J. l. 12 D. de reb. dub. (34, 5).

46) Wie man dieß in älterer und neuerer Zeit öfters mit Unrecht behauptet hat. (So z. B. neuerlich Löher System des preuß. Landr. S. 269 fg., der nur Eine Klage für das moderne Recht statuirt, die Eigenthumsklage, und denn auch die persönliche Klage so nennt; vgl. gegen solche verkehrte Behauptungen schon Böle S. 185 fg., der treffend bemerkt, daß „zwar der Unterschied der nomina und formulae actionum, nicht aber die Individualität beseitigt werden könne, welche der Prozeß durch das der besonderen Klage zu Grunde gelegte Rechtsverhältniß erlange .... da wir im menschlichen Leben wohl einzelne Prozesse, aber nicht Einen Prozeß kennen"; ferner Savigny §. 224 Note u und jetzt auch Förster Klage und Einrede S. 15 Note 15.) So verschieden die Rechte und Rechtsverhältnisse sind, so verschieden sind die Klagen, da sie nichts anderes als die Rechte selbst sind: so wenig im heutigen Recht alle Rechte in dem Einen unterschieds- und farblosen Begriff „Eigenthum" aufgehen, so wenig hat die materielle Verschiedenheit der Klagen aufgehört.

47) So z. B. kommt es bei einer Klage auf Schadenersatz wesentlich darauf an, ob die Klage ex contractu (Contraktsklage) oder ex delicto (Entschädigungsklage §. 1489 a. b. G. B.) angestellt wird, bei einer Klage auf Restitution einer Sache, ob sich der Anspruch auf einen Vertrag (z. B. Depositumsklage §§. 961. 962 a. b. G. B.) oder auf ein dingliches Recht z. B. Eigenthumsklage §. 366 fg. a. b. G. B.) stützt. Der Kläger hat sich daher bei der Abfassung der Klage um

ist als das Recht selbst in Gestalt der Actio, ein Verkennen des Klagerechts daher ein Irrthum nicht in der Form, sondern in der Sache, nicht in der Geltendmachung des Rechts, sondern in dem geltendgemachten Recht selbst ist[48].

Anmerkung. Hält man an dem leitenden Grundsatz fest, daß nur jene Thatsachen zum historischen Klagegrund gehören, welche die spezifischen Faktoren der Entstehung des behaupteten Klagerechts sind, so ergibt sich ohne Schwierigkeit die Lösung mancher in dieser Beziehung vielbesprochenen Fragen. Für das österreichische Recht sind es, da die Bestimmungen der lex Anastasiana (vgl. Arndts Pandekt. §. 259) nicht mehr gelten, insbesondere zwei Fälle, in Ansehung derer es zweifelhaft ist, ob ein gewisser Umstand zum Klagfundament oder zur Vertheidigung des Beklagten gehöre, ob also die bezügliche Äußerung des Beklagten als negative Litiscontestation oder als Einwendung (Einrede) zu betrachten sei.

1) Hat bei jenen zweiseitigen Consensualverträgen, bei welchen Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu geschehen hat (vgl. Pfordten Abhandl. aus dem Pandektenrecht 1840 S. 318 fg.), der Kläger zur Begründung seiner Klage anzuführen, daß er seinerseits erfüllt resp. die Erfüllung angeboten habe, oder ist es Sache des Beklagten, sich gegen die (unbedingte) Verurtheilung (vgl. §. 125 Noten 17. 19. 20) dadurch zu schützen, daß er sich auf die Rückständigkeit der contraktmäßigen Leistung des Klägers beruft? Mit andern Worten: ist die s. g. exceptio non adimpleti contractus als eine negative Litiscontestation oder als eine wahre exceptio zu betrachten? Diese Frage, welche eine „umfangreiche, wenig fruchtbare“ Literatur hervorgerufen hat, löst sich durch die Erwägung, daß zur Perfektion eines Consensualvertrags nichts anderes als die Übereinstimmung der Willen gehört, daß also sofort nach geschehenem Vertragsabschluß jeder Con-

---

das passendste genus actionis (cf. l. un. D. de cond. ex lege 13, 2 „Klagerecht“ §. 49 A. G. O.) umzusehen, cf. l. 24 D. de R. V. (6, 1) §. 5 I. quod cum eo (4, 7) Gaj. IV §. 74; vgl. Weber Beiträge Stück II Nr. 10 „Über die zweckmäßige Bestimmung der in vorkommenden Fällen anzustellenden oder bereits angestellten Klage“ (S. 1—14), Bayer Vortr. S. 529. 530; vgl. auch oben §. 117 Note 31.

48) In dieser Beziehung empfiehlt sich die Ausbildung einer festen Terminologie der Klagen, da die Bezeichnung der Klage die Bezeichnung des Rechtes ist, welches mit der Klage geltend gemacht wird (vgl. Weber a. a. O. S. 2. 3), und, wie Savigny V S. 149 treffend bemerkt, „die Nomenclatur der Klagen für das System des praktischen Rechts ungefähr das ist, was für die Sprache die Grammatik“ (vgl. auch Koch Preuß. Privatr. I §. 187, Förster a. a. O. S. V. VI und §. 9): durch die Bezeichnung der Klage mit ihrem technischen Namen steht, wie bei den benannten Contrakten, Wesen, Voraussetzung und Zweck derselben sofort vor dem geistigen Auge. Auch das bürgerl. Gesetzb. bezeichnet die Klagen mit ihren Namen (vgl. z. B. §§. 366. 372. 523. 823. 1489. 1490. 1492), und auch sonst fehlt es in der Theorie und Praxis nicht an technischen Namen (z. B. Erscindirungsklage, Liquidirungsklage, Oppositionsklage, Hypothekarklage, Besitzstörungsklage, Wechselklage u. s. f.

trahent zur Leistung berechtigt und verpflichtet ist. Die Klage jedes Contrahenten ist somit durch die bloße Perfektion des Vertrags vollkommen fundirt, ohne daß die vorgängige Erfüllung resp. Anerkennung der Leistung von Seiten des Klägers dazu erforderlich wäre, da im Moment des Vertragsabschlusses die Forderung sogleich begründet und fällig, also der klagbare Anspruch in concreto vorhanden ist (cf. §. 1 I de consens. oblig. 3, 22. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia — nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. l. 1 §. 2 D. de rer. permut. 19, 4 §§. 1045. 1053 a. b. G. B.). Aus Rücksichten der Äquitas jedoch, wonach nur Zug um Zug zu leisten ist, ist der Beklagte berechtigt, seine eigene Leistung so lange zurückzuhalten (l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19, 1), bis der Kläger seinerseits geleistet hat, da es unbillig wäre, den einen Theil zur Leistung zu nöthigen, während der andere Theil mit seiner Leistung noch im Rückstand ist. Dieses Recht geltend zu machen, ist Sache des Beklagten, der hiemit dem an sich vollkommen begründeten Anspruch des Klägers ein eigenes, die Realisirung dieses Anspruchs hemmendes Recht entgegenstellt: die heutigen Tages s. g. exceptio non adimpleti contractus ist also nicht Leugnen des Klagegrundes, sondern technische Einrede (exceptio doli) cf. Gaj. IV §. 126 l. 25 D. de A. E. V. (19, 1) l. 5 §. 4 D. de dol. mal. except. (44, 4) l. 5 C. de evict. (8, 45). Diese Ansicht, wonach die Behauptung der geschehenen Erfüllung resp. der geschehenen Anerbietung der Leistung des Klägers nicht zur Begründung der Klage gehört, ist h. z. T., insbesondere seit den tüchtigen Ausführungen von Heerwart im civil. Arch. Bd VII S. 335 fg. Bd. XIV S. 206 fg. Bd XVIII S. 387 fg., die herrschende (vgl. die bei Vangerow Pandekt. III §. 607 angef. Schriftsteller, wozu auch Kierulff Theorie I S. 291 Note* und Pfordten S. 322 zu stellen sind und jetzt noch Wetzell System I S. 101, Zaun im Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd IV S. 420 fg. kommen), obgleich es auch heutigen Tags nicht an Schriftstellern fehlt, welche die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen (vgl. die bei Vangerow III S. 304. 305 Angeführten, wozu noch Knappe S. 104, Helmolt Beitrag §§. 13. 16, Osterloh Lehrb. II §. 183 Note 6 §. 194 Note 4 und Wirth Über das leitende Prinzip der Beweislast S. 35. 36 zu stellen sind), wonach die Klage als bedingt erscheint durch die eigene Vorleistung des Klägers, so daß die Klagen aus solchen Consensualverträgen im Grunde wie Klagen aus Realcontrakten behandelt würden. — Diese Auffassung und Behandlung der s. g. exceptio non adimpleti contractus als einer technischen Einrede gilt auch für das österreichische Recht. Die österreichischen Schriftsteller, welche sich überhaupt auf die Frage einlassen, behaupten zwar ziemlich einstimmig das Gegentheil, indem sie lehren, daß die Behauptung der geschehenen Erfüllung oder doch die (reelle) Bereiterklärung zur Erfüllung zum Klagfundament gehöre, so daß das Leugnen der behaupteten Erfüllung durch den Beklagten nur eine negative Litiscontestation wäre, in Folge deren der Kläger jene Behauptung als zum Klagegrund gehörig beweisen müßte (so Pratobevera Material. II S. 52, Haimerl Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I S. 24. 25, Nippel Erläuter. zum bürgerl. Gesetzb. VII S. 161. 162, Ellinger Handb. ad §. 1052, Kitka Beweislehre im österr. Civilproz. S. 73 fg., Beidtel Gerichtl. Verf. §. 39 Note 2, Schuster Civilproz. S. 73; vgl. jedoch dagegen Fischer Handb. der bilat. Einwend. §. 105). Für diese

Ansicht beruft man sich auf die Bestimmung des §. 1052 a. b. G. B., wonach „wer auf die Übergabe dringen will, seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein muß". Allein dieser Paragraph enthält nur die rein materiellrechtliche Bestimmung, daß beim Tausch- und Kaufvertrag (§. 1062 a. b. G. B.) Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu geschehen habe, und daß kein Theil, dafern dieß nicht verabredet wurde, eine Vorleistung beanspruchen könne, ohne sich darüber auszusprechen, ob die Behauptung der geschehenen Erfüllung zum Klagegrund gehöre und ob der Beweis der behaupteten Erfüllung als Klage- oder Replikbeweis anzusehen sei. Vielmehr geht aus §. 1062 a. b. G. B. hervor, daß jeder Contrahent sofort nach Abschluß des Vertrags die Gegenleistung zu fordern befugt ist, und daß der andere Theil die von ihm geforderte Leistung deßhalb „zu verweigern berechtigt" ist, weil der Fordernde nicht seinerseits bereits geleistet hat, resp. seine Leistung nicht angeboten hat (cf. l. 57 pr. D. de aedil. edict. 21, 1 — nam etsi ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur). Will man aber selbst das „Dringen" im §. 1052 a. b. G. B. von dem gerichtlichen Andringen verstehen, so ist dieser Paragraph wohl in gleicher Weise aufzufassen, wie die l. 13 §. 8 D. cit. (19, 1) — Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio — sc. cum effectu (vgl. Heerwart im civil. Arch. VII S. 344 fg. XIV S. 234. 235, Savigny V §. 240 Note c. Vangerow III S. 305): der Kläger kann nur dann mit Erfolg auf die Übergabe dringen, wenn er selbst schon erfüllt hat oder doch zur Erfüllung bereit ist. So wenig nun die Behauptung der geschehenen Erfüllung zum Klagegrund gehört, so wenig ist es nothwendig, daß sich der Kläger schon in der Klage selbst zur eigenen Leistung bereit erkläre, da die eigene Leistung weder Bedingung der Klage noch Bedingung der Verurtheilung, sondern lediglich Bedingung der Vollziehung der Verurtheilung, also der Exekution ist (vgl. unten §. 125 Note 19 und Zaun a. a. O. S. 421 fg.). — Die Lösung der besprochenen Frage hat nicht bloß ein theoretisches Interesse, sondern auch eine wichtige praktische Bedeutung, und zwar sowohl in civilrechtlicher als in prozessualischer Hinsicht (vgl. Vangerow §. 607 Anm. Nr. III): in jener Beziehung für den Beginn der Klagenverjährung (vgl. Savigny V S. 289 und oben §. 120 Note 7), in dieser insbesondere für die Verurtheilung des Beklagten in contumaciam (Noten 9. 18) und für den Exekutivprozeß; dagegen ist die Regulirung der Beweislast unabhängig von der Verschiedenheit der Ansichten über das Wesen der exceptio non adimpleti contractus, da man darüber einig ist, daß der Kläger, der in der Klage oder in der Replik die seinerseits geschehene Erfüllung des Vertrags behauptet, diese Behauptung beweisen müsse (vgl. Vangerow Nr. I. II); vgl. darüber §. 129 Note 32.

2) Gehört die Behauptung, daß der Gläubiger den Hauptschuldner gerichtlich oder außergerichtlich vergeblich eingemahnt habe (§. 1355 a. b. G. B.) resp. daß diese vorläufige Einmahnung im vorliegenden Fall nicht stattzufinden brauche (§§. 1356. 1357 a. b. G. B.), zum Fundament der Klage gegen den Bürgen, oder ist es ein in Gestalt einer technischen Exceptio geltend zu machendes Beneficium des Bürgen, daß der Gläubiger vorerst den Hauptschuldner einmahne resp. ausklage? Für das gemeine Recht ist nicht daran zu zweifeln, daß das s. g. beneficium excussionis s. ordinis eine wahre exceptio begründe (vgl. L. Pfeiffer Die prozessualische Natur der Einrede der Vorausklage 1846 67 SS. und jetzt

besonders Girtanner Die Bürgschaft nach gem. Civilrecht S. 223 fg. 424 fg., vgl. auch Arndts Pandekt. §. 355). Nach österreichischem Recht aber verhält sich die Sache wohl anders, da das bürgerl. Gesetzb. (§§. 1346. 1347 vgl. Zeiller IV S. 21 fg.), im Einklang mit dem deutschen Recht (vgl. Platner Die Bürgschaft 1857 §. 9. 10) und (zum Theil) nach dem Vorbild des preuß. Landr. (A. L. R. I 14 §. 200 fg. 283 fg. vgl. Koch Preuß. Privatr. II §. 745, Girtanner S. 427 Note 4 S. 560), die Haftung des Bürgen als eine subsidiäre, eventuelle (bedingte) ansieht, so daß der Bürge nur secundo loco (als „Nachschuldner" §. 1347 a. b. G. B.) haftet und daher (in der Regel) erst dann angegangen werden kann, wenn der primo loco haftende Hauptschuldner trotz der geschehenen Einmahnung nicht gezahlt hat. Es ist also der Anspruch gegen den Bürgen bedingt durch die vorangegangene Einmahnung des Hauptschuldners (§. 1355 a. b. G. B.), und der Kläger hat daher den Eintritt dieser Bedingung resp. den Eintritt gewisser der Erfüllung dieser Bedingung gleichstehender Umstände (§. 1356 a. b. G. B.) als zum Klagegrund gehörig (vgl. Girtanner S. 426. 427, Platner S. 89. 90, Nippel VIII 1 S. 272) zu behaupten und zu beweisen; daß der eingemahnte Hauptschuldner nicht gezahlt habe, daß die Einmahnung also eine erfolglose, vergebliche war (§. 1355 a. b. G. B.), braucht der Gläubiger jedoch nicht zu beweisen, da er nur darzuthun hat, daß sich jener in Verzug befinde (vgl. auch Platner S. 90 fg. S. 110. 111 und unten §. 129 Note 33a). Der auch nach österreichischem Recht (vgl. Zeiller IV S. 8. 24) zulässige Verzicht auf die vorhergehende Einmahnung des Hauptschuldners verwandelt die subsidiäre Haftung des Bürgen in eine unbedingte Verpflichtung. (Stubenrauch III S. 578 stellt zugleich die beiden Behauptungen auf, daß nach österreichischem Recht die Verpflichtung des Bürgen eine subsidiäre sei und daß dem Bürgen ein beneficium excussionis [?] zustehe: als ob sich diese beiden Positionen friedlich mit einander vertrügen! Auch Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 100 spricht dem Bürgen die Einrede der Ordnung zu: was dieser Schriftsteller aber Alles unter „Einwendung der Ordnung" begreift, ergibt sich beispielsweise daraus, daß er auch dem Cedenten, der vom Cessionar vor Belangung des Cessus, also bevor eine Regreßforderung existirt, auf Regreß geklagt wird, die „Einwendung der Ordnung" zugesteht!)

II. Die Vertheidigung des Beklagten.

1. Das Vertheidigungsmaterial im Allgemeinen[1].

§. 124. Die Klage ist die einseitige Behauptung eines Rechtsanspruchs, ein selbständiger Angriff auf den Beklagten: ihr tritt die Thätigkeit des Beklagten entgegen, der diesen Angriff abzuwehren

---

1) Vgl. Goldschmidt Über Litiscontestation und Einreden 1812, Spengel Zur Lehre über Litiscontestation und Einreden 1827, Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses 1827 S. 369 fg., J. A. M. Albrecht Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses geschichtlich entwickelt 1835, Knappe Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast 1835, G. C. Schmidt Die

sucht[2]. Die Vertheidigung des Beklagten gegen das klagweise geltend gemachte Recht kann eine dreifache sein[3].

I. Die Vertheidigung kann in der reinen (einfachen) Negation des klägerischen Rechtsanspruchs bestehen (Klagableugnung, inficiatio). Der Beklagte kann 1) den historischen (faktischen) Klagegrund leugnen, indem er die Thatsachen in Abrede

---

gemischten Einreden 1839 S. 1—75, Kierulff Theorie I S. 209 fg. Savigny System V §§. 225. 228, Puchta Instit. I §. 29 II §. 170 Pandekt. §. 93, Wächter Handb. II §. 69, Helmolt Beitrag zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagableugnung und Einreden 1849, Derselbe Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast 1852 §§. 15—17. 26 (und dazu Bekker in der Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 83 fg.; in der letzteren Schrift hat Helmolt seine in der ersteren aufgestellten Ansichten nicht nur durchgehends geändert, sondern gänzlich ignorirt), Wirth Über das leitende Prinzip der Beweislast und Einreden im Civilprozeß 1852, Reinhold „Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast", in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XIII Nr. I und VI §. 25 fg.; vgl. auch Heimbach Art. Einrede im R. L. Bd III S. 673 fg. und Förster Klage und Einrede Cap. V S. 128 fg. — Haimerl Über Litiscontestation und Einwendung nach den österr. Gesetzen über das civilgerichtliche Verfahren", in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1839 Bd I S. 1—38, Zlobitzky „Versuch einer Theorie der Einwendungen im Civilprozeß nach den Bestimmungen der österr. Gesetzgebung" in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1840 I S. 359 fg.

2) Den mündlichen oder schriftlichen Vortrag, in dem diese Vertheidigung des Beklagten geschieht, also die Erwiderung des Beklagten auf die Klage in ihrer Totalität, das gesammte erste Vorbringen des Beklagten zu seiner Vertheidigung gegen den Klagangriff, nennt man bei uns Einrede (§§. 2. 5 fg. A. G. O. §§. 10. 12 prov. C. P. O.), wohl auch Gegenrede, sonst Einredeschrift, Exceptionsschrift (vgl. über diesen Ausdruck Visitat. Absch. 1713 §. 54, J. R. A. §. 49; Savigny V S. 194. 195, Heffter System des röm. und deutsch. gem. Civilprozeßrechts 2. Aufl. 1843 §. 348, Schmid Handb. des gem. deutsch. Civilproz. II §. 97), Antwort, Klagebeantwortung im weiteren Sinn (vgl. §§. 68. 70 A. G. O. §. 600 fg. C. P. O.; in der italien. G. O. §§. 2. 5 fg. wird die Einrede in diesem Sinn immer risposta genannt), denn im engeren Sinn bedeutet Antwort (Beantwortung) die Äußerung des Beklagten über die Klagthatsachen §§. 5. 6 A. G. O. (resp. des Klägers über die Einredethatsachen §. 10 A. G. O.), also die Responsionen (vgl. Wetzell System des ordentl. Civilproz. I §. 19); vgl. Note 15. Die Darstellung der formellen (prozessualischen) Erfordernisse dieses Vortrags gehört in das Prozeßrecht.

3) Es handelt sich hier nur um die Vertheidigung gegen den materiellen Klaganspruch, also um Vertheidigungsgründe, welche das geltend gemachte Recht selbst (die s. g. merita causae) betreffen; von den Vertheidigungsgründen, welche der Form des Angriffs entnommen oder überhaupt aus den Vorschriften des Prozeßrechts abgeleitet werden, also bloß den Prozeß als solchen (die Form des Verfahrens) betreffen (s. g. Prozeßeinwendungen z. B. die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes vgl. Albrecht S. 206 fg., Knappe §. 48, Haimerl S. 26. 27, Reinhold S. 202. 203), ist ausschließlich im Prozeßrecht zu handeln.

stellt (widerspricht), welche der Kläger zur thatsächlichen Begründung seiner Klage angeführt hat: **Verneinung**[3a] **des historischen Klagegrundes.** Diese Vertheidigungsart wird **negative Einlassung** (negative Litiscontestation vgl. unten §. 127 Nr. I 3), **Widerspruch**[4] genannt. Die Verneinung kann in doppelter Weise geschehen[5]: der Beklagte kann entweder die Klagthatsachen schlechthin leugnen (einfacher, contradictorischer Widerspruch, simplex negatio), oder seinerseits Thatsachen anführen, welche mit den Klagthatsachen unvereinbar sind, so daß er hierdurch mittelbar die Wahrheit der historischen Klagbehauptungen in Abrede stellt (qualificirter, conträrer Widerspruch, negatio per positionem alterius)[6]. Der Beklagte kann 2) die **rechtliche Begründung** der Klage leugnen, indem er behauptet, daß der geltend gemachte Anspruch überhaupt

3a) Der Ausdruck „Verneinung" findet sich im §. 5 A. G. O. §. 22 C. P. O.

4) Dieser Ausdruck wird in der österr. Rechtssprache als technischer gebraucht auf Grundlage von den §§. 11. 104 A. G. O. §. 104 C. P. O. vgl. Haimerl S. 5 fg.; er wird aber auch von gemeinrechtlichen Schriftstellern gebraucht, vgl. z. B. Knappe §§. 40. 49. Im weiteren Sinn bedeutet „Widerspruch" contradictio jeden Einwurf, jede Opposition des Beklagten (cf. l. 8 §. 13 D. de inoff. testam. 5, 2), insbesondere die Opposition gegen den Klaganspruch, die Einlassung auf die Klage überhaupt l. un. C. de L. C. (3, 9) l. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1) vgl. unten §. 127 Nr. I 3.

5) Die Frage, wie die Beantwortung der Klage zu geschehen habe (speziell kategorisch u. s. f. vgl. §. 37 J. R. A., Osterloh Lehrb. II §. 191 und hiemit übereinstimmend §. 5 A. G. O. §. 12 C. P. O., Haimerl S. 12 fg.), gehört in das Prozeßrecht; ebenso ist es eine Frage des Prozeßrechts resp. der Prozeßpolitik, ob es dem Beklagten gestattet sein solle, abgesehen von der Pflicht zum Ersatz der Prozeßkosten (vgl. §. 398 lit. a A. G. O. §. 573 lit. a C. P. O.), ungestraft (vgl. §. 376 a. b. G. B. und dazu l. 80 D. de R. V. §. 409 A. G. O. §. 588 prov. C. P. O.; vgl. ferner für das gemeine Recht l. 10 §. 1 D. de fidejuss. 46, 1 l. 16 pr. C. de fid. instr. 4, 21 nov. 18 c. 8 vgl. Heffter System §. 133 und die Stellen bei Osterloh Lehrb. I §. 121 Note 21) wider besseres Wissen Klagthatsachen zu leugnen (vgl. Heyßler „Über die wahre Maxime im Civilprozeß" in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1845 Bd II S. 262 fg. 315 fg. Mittermaier in der österr. G. Z. 1853 Nr. 80. 81).

6) Vgl. Francke Versuch über das qualificirte Geständniß S. 36 fg., Rizy Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 50 fg. 197 fg. Insbesondere kann der Beklagte in dem Einredevortrag die Geschichtserzählung ergänzen oder berichtigen, §. 6 A. G. O. §. 12 C. P. O. (vgl. §. 37 J. R. A.); auch hieraus hat man eine Einwendung (exceptio im vulgären Sinn) gemacht, die s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae (vgl. z. B. Osterloh Lehrb. II S. 40), allein ganz mit Unrecht, vgl. Note 12. 14, Haimerl S. 14 fg. und insbesondere R. Schneider in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Sachsen N. F. Bd IX Heft I S. 14—16.

nicht oder doch nicht als ein durch Klage geschützter vom objektiven Recht anerkannt sei, oder daß er doch nach der Vorschrift des Rechts nicht aus den vom Kläger behaupteten Thatsachen entstehen konnte[7]: Verneinung des rechtlichen Klagefundaments.

II. Die Vertheidigung kann in der qualifizirten Negation des klägerischen Rechtsanspruchs bestehen, indem der Beklagte Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß das angebliche klägerische Recht, selbst die Wahrheit der Klagthatsachen vorausgesetzt oder zugegeben[7a], gleichwohl gegenwärtig gar nicht bestehe (Einwendung, Einrede im weiteren Sinn).

III. Die Vertheilung des Beklagten kann endlich in der Berufung auf ein entgegenstehendes Recht desselben bestehen, vermöge dessen das Klagerecht, selbst dessen gegenwärtiges Dasein vorausgesetzt, dennoch nicht mit Erfolg gegen ihn geltend gemacht werden könne (Einrede im engeren, technischen Sinn, exceptio).

Die beiden ersten Arten der Vertheidigung kommen darin überein, daß der Beklagte das gegenwärtige Recht des Klägers gänzlich

---

7) Z. B. Kläger hätte sein behauptetes Forderungsrecht auf Ersitzung gestützt. Die Frage, ob sich der Beklagte in der Vertheidigung auf den Mangel der rechtlichen Begründung berufen müsse, gehört ebenso in das Prozeßrecht, wie die Lehre von der Art und Zeit der Ausführung der s. g. rechtlichen Gegendeduktion (vgl. Gönner Handb. II Abh. 33 §. 9, Bayer Vorträge §. 179, Schmidt Gemischte Einred. S. 39 fg.); auch diese Vertheidigungsart wird häufig mit dem Namen Einwendung (Einrede, exceptio) belegt (s. g. exceptio non competentis actionis, non fundatae intentionis, Einwendung der unstatthaften Klage, des mangelnden Klagerechts oder Klagegrunds, z. B. W. H. Puchta Dienst der deutschen Justizämter Bd II S. 131. 137, Osterloh Lehrb. II §§. 188. 189): gegen diese Bezeichnung vgl. aber mit Recht Schmid Handb. II §. 100 Note 1, Haimerl S. 29 Note 1.

7a) Die Frage, ob der Beklagte mit der negativen Einlassung Einreden im weiteren Sinn verbinden dürfe, welche mit jener im Widerspruch stehen, ferner ob der Beklagte einander widersprechende Einreden (im weiteren Sinn) cumuliren dürfe, ist im Prozeßrecht zu lösen (und zwar bejahend, da die Einreden bloß eventuell vorgeschützt werden, cf. l. 43 pr. D. de R. J. l. 5 l. 8 D. de except. 44, 1, und durch das Eventualprinzip die Vertheidigung des Beklagten nicht verkümmert werden soll; dieser Ansicht ist fast [denn vgl. z. B. Heffter System §. 141] einstimmig die ganze gemeinrechtliche Literatur, vgl. Schmid Handb. II S. 28, Bayer Vorträge S. 623, Osterloh Lehrb. II §. 187 Note 2 §. 196 Note 3 a. E. §. 197 Note 9, Mitttermaier in der österr. G. Z. 1853 Nr. 82, die sich hierin auf gleichem Boden mit dem österr. Prozeßrecht befindet; vgl. auch Pratobevera Material. Bd VII S. 383 Note* und Fischer Handb. der dilator. Einwend. §. 146; a. A., aber doch wohl nur de lege ferenda, Haimerl S. 28 und im Magaz. I S. 167 fg.).

verneint, während die letzte dem an sich begründeten klägerischen Recht ein eigenes Recht des Beklagten entgegensetzt, wodurch jenes, ganz oder theilweise, überhaupt oder zur Zeit, unwirksam gemacht werden soll. Die beiden letzteren Vertheidigungsarten kommen darin überein, daß sie sich mit der Wahrheit der vom Kläger angeführten zur Begründung seines Klaganspruchs ausreichenden Thatsachen immerhin vertragen, dennoch aber das Klagbegehren als unstatthaft darzustellen und die Verurtheilung des Beklagten abzuwenden suchen: während die Vertheidigung durch reine Negation (Nr. I) unmittelbar gegen die rechtlichen oder faktischen Voraussetzungen des Klageanspruchs gerichtet ist, lassen die beiden letzteren Vertheidigungsarten (Nr. II und III) die Klagunterlagen unberührt und sind unmittelbar gegen den behaupteten Rechtsanspruch selbst gerichtet, so daß durch sie neues thatsächliches Material zur Entscheidung des Rechtsstreites herbeigeführt wird[8]. Dieß und der Umstand, daß in prozessualischer Beziehung für die beiden letzteren Vertheidigungsarten dieselben prozessualischen Grundsätze gelten, namentlich was die Zeit ihrer Vorschützung[9], die Beweislast und die Wirkung ihres erfolgreichen Vor-

8) Vgl. Pratobevera Material. Bd II S. 26 fg., Reinhold in der angef. Abh. §. 28.

9) Nach justinianischem Prozeßrecht mußten die dilatorischen Einreden, sie mochten die Sache oder den Prozeß betreffen, im Beginn des Rechtsstreits, also vor oder bei der Litiscontestation opponirt werden (l. 19 C. de prob. 4, 19, l. 12. 13 C. de except. 8, 36) während die peremtorischen noch bis zur sententia definitiva zugelassen wurden (vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Prozeß. I S. 262 fg., Puchta Instit. II S. 271. 272, Sintenis in der Gieß. Zeitschr. Bd XVIII S. 12 fg., Osterloh Lehrb. II §. 193 a. E.). Zufolge des h. z. T. geltenden Eventualprinzips (von Anderen besser Concentrationsmaxime genannt; über das Geschichtliche s. die treffliche Schrift von J. A. M. Albrecht Die Ausdehnung des Eventualprinzips im gemeinen Civilprozeß 1837, vgl. auch Osterloh Lehrb. I §. 29) müssen jedoch jetzt in der Regel (über die Ausnahmen s. Bayer Vortr. §. 199) alle Vertheidigungsmittel des Beklagten gegen die Klage in dessen erster Schrift (Einrede in diesem Sinn, Note 2) bei sonstiger Präclusion in eventum verbunden angeführt werden; so nach gemeinem Prozeßrecht (§. 37 J. R. A. — „wie auch, was er darbey dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auff einmal, bey Straff der Präclusion einbringen" vgl. die Stellen bei Osterloh II §. 187 Note 2 und Bayer Vortr. §. 198 Nr. V) und nach österr. Prozeßrecht §§. 7. 9. 10. 12. 42. 53 A. G. O. Resol. 14. Juni 1784 Wessely Handb. I Nr. 174, §. 12 prov. C. P. O. (vgl. Haimerl in der angef. Abh. S. 32 fg.). Privilegirte Einreden, das heißt Einreden, welche kraft gesetzlicher Ausnahmsvorschrift noch in der Exekutionsinstanz angebracht werden können, wie nach röm. Recht die exceptio Sc. Maced. und Vellejani (l. 11

bringens (cf. l. 112 D. de R. J.) betrifft, hat im Zusammenhang mit lange genährten Mißverständnissen des römischen Rechts[10] schon frühzeitig[11] dahin geführt, daß man jene beiden Vertheidigungsarten (Nr. II und III) unter dem gemeinsamen Namen Einwendung[12],

---

D. de Sc. Maced. 14, 6 l. 8 §. 2 D. ad Sc. Vellej 16, 1) kennt schon das gemeine deutsche Prozeßrecht nicht (vgl. Bayer §. 200, Osterloh II §. 195 a. E., a. A. Wetzell II §. 47 Note 121) und noch viel weniger das österreichische, da jene Einreden, für welche das Privilegium beansprucht werden könnte, an sich nach österr. Recht gar nicht existiren. Doch darf man mit den privilegirten Einreden jene nicht verwechseln, welche schon ihrer Natur nach erst in der Exekutionsinstanz vorgebracht werden können; so das beneficium competentiae (vgl. §. 1354 a. b. G. B. §. 368 A. G. O. §§. 63. 178 ungar. Conc. Ordn.), da die darauf gestützte Einwendung nur das Maß der Hülfsvollstreckung betrifft (cf. l. 17 §. 2 D. solut. matr. 24, 3 l. 41 §. 2 D. de re judic. 42, 1 l. 33 pr. D. de donat. 39, 5 l. 5 pr. D. quod cum eo 14, 5 vgl. Fischer Handb. der dilator. Einwend. §§. 106. 112), und jene Einwendungen, welche sich auf die Tilgung der Judikatsobligatio, also auf dem rechtskräftigen Urtheil nachgefolgte rechtsaufhebende Thatsachen (z. B. Zahlung, Erlaß, Novation) beziehen (vgl. hierüber in formeller Beziehung Hofdekret v. 22. Juni 1836 Wessel I Nr. 1338 und hiemit übereinstimmend §. 442 fg. C. P. O.).

10) Einerseits glaubte man das Wesen der Exceptio nur in dem prozessualischen (formellen) Moment des selbständigen Hervortretens in der Formel, als Theil derselben, finden zu müssen, und wollte daher schon in den Fällen, wo bonae fidei judiciis doli exceptio inest, eine Exceptio nicht anerkennen (so z. B. Albrecht Except. §. 6 Note 32, Schmidt Gemischte Einreden S. 8 Note 5 und die bei ihm zahlreich Angef.): man verkannte also über der formellen (prozessualischen Exceptio den Begriff der materiellen Exceptio (vgl. unten Note 19 und Savigny V S. 166 fg.); andererseits fand man den Unterschied zwischen der Exceptio im technischen Sinn und der Einrede im weiteren Sinn nur in dem eigenthümlichen Ausnahmsverhältniß des prätorischen Rechts zum Civilrecht (woher man selbst den Namen exceptio ableiten wollte vgl. Albrecht S. 8. 23), und meinte daher, daß mit dem Aufhören dieses Unterschieds, also mit der Gleichstellung des prätorischen und Civilrechts und vollends im modernen Recht, auch jener Unterschied zwischen defensio und exceptio aufgehört habe (so z. B. Albrecht §§. 10. 13. 15. 17—19, Knappe S. 67 fg. 75 fg. 88 fg. 98 fg., Schmidt S. 18 fg. und viele Andere): man verwechselte also die (regelmäßige) Quelle der Exceptionen mit ihrem Wesen; vgl. Kierulff I S. 176 Note*, Savigny V S. 180 fg., Puchta Institut. II S. 272. 273.

11) So lehrt schon die Glosse ad l. 9 D. de except. (44, 1): Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem. Während sich auf diese Weise schon frühe der umfassende Begriff der prozessualischen Einrede (Einwendung, Exception) herausbildete, hielt man doch noch eine Zeit lang an der Unterscheidung der beiden Arten dieser Vertheidigung fest (Note 19), ohne jedoch das entscheidende Kriterium finden zu können, daher sich diese Unterscheidung allmälig gänzlich verlor oder nur in ganz veränderter Bedeutung zu erhalten vermochte.

12) Der Ausdruck Einwendung wird im technischen Sinn zur Bezeichnung aller sowohl ipso jure als ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgründe gebraucht, vgl. §. 37 J. N. A. §. 7 A. G. O. §. 12 C. P. O.; vgl. über diesen Aus-

Einrede[13] zu dem Gesammtbegriff der selbständigen Vertheidigung des Beklagten[14] verband. Allein so zweckmäßig eine

---

druck Savigny S. 189. Der Ausdruck „Einwendung" („einwenden", „Einwendung entgegensetzen") in diesem technischen Sinn findet sich in den §§. 931. 937. 1101. 1102. 1109. 1354. 1361. 1390. 1396. 1443. 1501 a. b. G. B. Der ältere deutsche reichsgesetzliche Ausdruck ist: „Auszug, Ausflucht, Fürwand, Nothdurft, Anfechtung, Einrede" vgl. Knappe S. 83, Helmolt Beitrag §. 2 Note 2 Verhältn. S. 305 fg. — Im weitesten (vulgären) Sinn (vgl. Haimerl S. 17 fg., Beidtel Gerichtl. Verf. I §. 69 Note 1, Reinhold S. 204) bedeutet „Einwendung, Einwand" (ebenso wie exceptio im vulgären Sinn) jedwedes Vorbringen, das gegen einen Anspruch oder eine Behauptung gerichtet ist (vgl. z. B. §. 148 a. b. G. B.), also nicht nur alle s. g. Prozeßeinwendungen, sowie Einwendungen gegen die Beweismittel (§. 24. 140 A. G. O. §. 12 C. P. O.), gegen Zeugenaussagen und Sachverständige (§§. 197. 212 prov. C. P. O.) u. s. f., sondern selbst den einfachen (cf. l. 18 §. 2 D. de prob. 22, 3) oder qualificirten Widerspruch gegen die Klagthatsachen, sowie die Klagableugnung überhaupt (vgl. Noten 6 und 7): dieser Sprachgebrauch (so z. B. Zlobitzky in der angef. Abh. S. 359. 361, Osterloh II §. 187) ist aber, als zu Irrthümern Veranlassung gebend, entschieden zu verwerfen, vgl. Schmidt S. 27, Wächter §. 69 Note 19. (Auf diesem verwerflichen Sprachgebrauch beruht die ebenso verwerfliche, aus dem mittelalterlichen Prozeßinstitut der Positionen und Responsionen, vgl. Albrecht §§. 30—32, herrührende Annahme s. g. verneinender, negativer Einreden, worunter man das Leugnen solcher zum Klagegrund gehörigen Thatsachen verstand, welche in der Klageschrift nicht angeführt sind; so schon die Glossatoren mit der Statuirung von s. g. exceptiones merae negationis; vgl. darüber und dagegen Albrecht Die Exceptionen S. 172 fg., Knappe §. 37, Schmidt Gemischte Einreden S. 20 fg. S. 89. Die Statuirung verneinender Einwendungen in dem Sinn von wahren Einreden, welche die Behauptung eines Nichtereignisses zu ihrem Inhalt haben, so z. B. Sartorius „Über verneinende Einreden" in der Gieß. Zeitschr. Bd XIII S. 416 fg., ist zum mindesten überflüssig; vgl. Knappe S. 120, Bayer S. 620. 621.)

13) Der Ausdruck „Einrede" (vgl. Savigny V S. 169. 189) wird weder im bürgerl. Gesetzb. noch in den österr. Prozeßgesetzen zur Bezeichnung der Vertheidigungsart, sondern stets nur zur Bezeichnung des Vertheidigungsvortrags in seiner Totalität (der Exceptionsschrift oder Gegenrede vgl. Note 2) gebraucht, also nur zur Bezeichnung der Form (mündliche, schriftliche Einrede), nicht des Inhalts der Vertheidigung. Dennoch wird auch bei uns der Ausdruck „Einrede" in dem materiellen Sinn gebraucht, in welchem er gleichbedeutend ist mit „Einwendung", und ist hier ein Mißverständniß ebensowenig zu besorgen, als bei dem doppelten Gebrauch des Wortes Klage; vgl. z. B. Pratobevera Mater. II S. 27, Fischer Handb. der dilator. Einwend. S. 3, Haimerl S. 3 Note 3; ja in neuester Zeit hat der Ausdruck „Einrede" in diesem Sinn (= Einwendung) gesetzliche Sanktion gefunden, vgl. Art. 82 der W. O. v. 25. Jänn. 1850.

14) Darin, daß die Einwendungen, (Einreden, Exceptionen) im prozessualischen Sinn in einer „selbständigen Vertheidigung" des Beklagten bestehen, liegt das entscheidende Kriterium (vgl. auch Kierulff I S. 183. 184, Helmolt Verhältn. der Except. §. 15, Osterloh II §. 194): hiedurch unterscheiden sie sich denn auch von der Vertheidigung des Beklagten durch Ergänzung und Berichtigung der kläge-

solche Verbindung auf dem Gebiet des Prozeßrechts ist[15], so unpassend ist sie auf dem Gebiet des materiellen Rechts, da es dort

rischen Geschichtserzählung (vgl. Note 6; es ist daher nicht zu billigen, wenn Osterloh II S. 40 in diesem Fall von einem „selbständigen Gegenangriff" des Beklagten spricht). Der Begriff der Einreden in diesem Sinn umfaßt somit alle selbständigen Behauptungen des Beklagten, alle Thatsachen, welche dieser anführen (und erforderlichenfalls beweisen) muß, wenn nicht der Kläger, dessen Klagbehauptungen unbestritten oder bewiesen sind, siegen soll: „jede Vertheidigung, wodurch der Beklagte der faktischen Begründung der Klage ein anderes Faktum entgegenstellt, welches jene zwar nicht unwahr macht, aber entkräftet, ist Exceptio im prozessualischen Sinn" (Puchta Vorles. I S. 213). Wenn man öfters (z. B. Albrecht S. 183, Heerwart im Arch. f. die civil. Prax. Bd XIV §. 226 fg., Helmolt Beitrag §§. 3. 5. 18) das entscheidende Kriterium der Einreden in der den Beklagten treffenden Beweislast finden wollte (Einrede sei jede Vertheidigung, bei welcher der Beklagte den Beweis führen müsse), so hat man die Wirkung mit der Ursache verwechselt: nicht weil die Last des Beweises einer Behauptung den Beklagten trifft, ist diese eine Einwendung, sondern umgekehrt, wenn und weil eine Behauptung eine Einwendung ist, hat sie der Beklagte zu beweisen (vgl. Puchta Vorles. I S. 213, Bayer §. 196, Osterloh II §. 194 Note 4, Helmolt Verhältn. S. 159 fg. 250 fg.). Ebenso unrichtig ist es, wenn manche Schriftsteller (z. B. Fischer Handb. der dilator. Einwend. §§. 3. 4) das Wesen der Einreden in diesem Sinn durch das Verhältniß der Ausnahme zur Regel zu bestimmen suchen; vgl. dagegen schon Wagner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 Bd III S. 36 fg., Knappe S. 95. 96. 113, Albrecht S. 179. 180, Haimerl in der angef. Abh. S. 20. 21. Es läßt sich aber auch nicht billigen, wenn man öfters (z. B. Haimerl S. 20, Beidtel I §. 70) behauptet, daß der excipirende Beklagte ein Faktum anführe, woraus er „das Recht ableite, von der Klage entbunden zu werden": ein solches Privatrecht gibt es nicht (vgl. auch Bekker Die prozessual. Consumt. S. 95).

15) Auf dem Gebiet des Prozeßrechts lassen sich die Einreden (Einwendungen) definiren als selbständige Gegenangriffe, durch welche der Beklagte den zur Begründung des Klagebegehrens an sich ausreichenden Klagthatsachen gegenüber sein Einredebegehren (§. 8 A. G. O. §. 12 E. P. O.) zu rechtfertigen sucht. Ihr prozessualisches Wesen besteht darin, daß „sie Thatsachen sind oder wenigstens in solche aufgelöst werden können (z. B. die exceptio dominii, die Compensationseinrede), welche sich mit der Wahrheit der Klagthatsachen vertragen und dennoch die durch diese begründete Klagebitte elidiren" (Wetzell I S. 96). Die Einwendungen sind in prozessualischer Beziehung Gegenstücke der Klage, von der sie sich jedoch dadurch unterscheiden, daß sie Gegenangriffe sind, und daß sie nicht auf Verurtheilung des Klägers, sondern aus Lossprechung des Beklagten gerichtet sind (cf. c. 2 X de ord. cognit. 2, 10 Spoliatione in modum exceptionis tantum probata, non est per hoc restitutio facienda —; die mögliche Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten gehört nicht hieher, vgl. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 3. Aufl. 1803 I S. 1 Note 1). Wie die Klagung eine prozessualische Handlung, so ist die Einwendung eine prozessualische Gegenhandlung: Responsionen (Klagbeantwortung) und Einwendungen machen den Inhalt des Vertheidigungsvortrags des Beklagten (der Einrede in diesem Sinn) in meritorischer Hinsicht aus: daher wird das gesammte Vorbringen des Beklagten wohl

bloß auf den Inhalt der Vertheidigung im Ganzen und Großen (Läugnen — selbständiges Behaupten), hier aber auf das Verhältniß der Vertheidigung zum geltendgemachten Klagerecht ankommt. In dieser Beziehung ist die Vertheidigung eine verschiedene, je nachdem der Beklagte Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß das Klagerecht gar nicht zur Existenz gekommen, oder doch wieder erloschen ist, also gegenwärtig gar nicht existirt, oder jenachdem er das als gegenwärtig daseiend vorausgesetzte oder zugegebene Klagerecht vermöge eines besonderen Rechts angreift und unwirksam macht: dort (Nr. II) erscheint das Klagerecht als nichtig, hier (Nr. III) als vorhanden, aber anfechtbar, dort ist das Klagerecht ein aufgehobenes, hier ein aufhebbares oder doch hemmbares[15a], dort wirkt es nicht, weil es gar nicht existirt, hier weil es durch die Thätigkeit des Beklagten gelähmt wird[16]. Es ist somit der Unter-

---

auch „Antwort und Gegenhandlung" (J. R. A. §. 46), „Antwort und Eventualhandlung" (J. R. A. §. 70), „Antwort und hauptsächliche Gegenhandlung" u. s. f. genannt.

15a) Der Unterschied zwischen diesen beiden Vertheidigungsarten besteht also primär darin, daß sich der Beklagte dort gegen ein in der That (materiell) nicht vorhandenes, aber zufolge der Grundsätze über den prozessualischen Klagegrund vorläufig als formell begründet erscheinendes, hier gegen ein wirklich vorhandenes, an sich (materiell) begründetes Klagerecht vertheidigt: während sich dort die Vertheidigung auf die Nichtigkeit des Klaganspruchs stützt, stützt sie sich hier auf ein Anfechtungsrecht des Beklagten: dort findet Negation des Klagerechts, hier Position eines eigenen Rechts des Beklagten statt. Es ist daher unzulässig, den Unterschied zwischen den Einreden im weiteren und engeren Sinn darin finden zu wollen, ob der Beklagte ein eigenes Recht vorschützt oder nicht, so daß überall, wo dieser sich auf ein eigenes Recht beruft, eine technische Exceptio vorhanden wäre (vgl. dagegen auch Bekker Die prozessual. Consumt. S. 93 fg.): es kommt vielmehr durchgängig auf das Verhältniß dieses eigenen Rechts des Beklagten zum Klagerecht an, indem nur das Klaganfechtungsrecht die Exceptio ausmacht; es ist also z. B. keine Exceptio, wenn sich der Beklagte der Eigenthumsklage gegenüber auf den eigenen späteren Erwerb des Eigenthumsrechts beruft (s. g. exceptio recentioris dominii vgl. Vangerow I S. 749) da hierin eine qualificirte Negation des klägerischen Rechts, nicht eine Entkräftung des daseienden Klagerechts liegt. (Mit Unrecht will Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 26. 27, dem Sintenis Civilr. I §. 32 Note 28 beistimmt, den Ausdruck exceptio usucapionis in l. 30 C. de J. D. 5, 12 und l. un. C. de usuc. transform. 7, 31 daraus erklären, daß sich auch hier der Beklagte auf ein eigenes Recht berufe; vgl. über jene Stellen Savigny V §. 226 Note o und gegen jene Ansicht Büchel's auch Helmolt Verhältn. S. 281 fg.)

16) Dieser Unterschied zwischen der Nullität und Anfechtbarkeit des Klagerechts trat in der Formula hervor, deren Fassung durch das innere Wesen des Rechtsver-

schied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, zwischen Unbegründetheit und Unwirksamkeit (oben §. 91), der sich auf dem Gebiet des Actionenrechts geltend macht[17], und in materiellrechtlichen Momenten, in dem Nebeneinanderbestehen verschiedener Rechte, welche collidirende Ansprüche erzeugen, in dem Unterschied von Hindernissen der Rechtsentstehung und der Rechtswirksamkeit, sowie in der Verschiedenheit unmittelbar (direkt) und mittelbar (indirekt) rechtsaufhebenden Thatsachen (unmittelbarer und mittelbarer Liberirungsgründe vgl. oben §. 73) seine Wurzeln hat. Die Unterscheidung jener bei-

---

hältnisses bestimmt ward, so daß dieses in der Formel zu besonders plastischer Ausprägung gelangte. War das Klagerecht wegen eines rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Umstandes an sich nichtig, so bedurfte es keines Zusatzes: da das Recht nicht vorhanden war, konnte der Richter darauf nicht erkennen (z. B. rem actoris esse, N^m^. N^m^. A^o^. A^o^. dare oportere u. s. f.) und mußte daher den Beklagten absolviren; anders wenn die intentio an sich begründet war und der Beklagte ihr gegenüber dennoch Absolution erreichen wollte; vgl. Savigny V S. 158 fg., Puchta Instit. II S. 161 fg. (In neuester Zeit hat Völderndorff in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XI Nr. X S. 290 fg. wieder behauptet, daß der Unterschied der Einrede im weiteren Sinn und der exceptio im technischen Sinn ein rein prozessualischer sei, der im röm. Recht von der Fassung der Formula, im heutigen Recht von der Fassung des Beweisinterlokuts abhänge: diese Behauptung wird durch die Ausführungen des Verf., der sich von argen Mißgriffen nicht frei erhalten hat, nichts weniger als dargethan; es genügt hervorzuheben, daß nach des Verf. Ansicht S. 297 fg. die Behauptung des Depositars, mensam depositam casu periisse, der formula in jus concepta gegenüber der Einrede im weiteren Sinn, bei der formula in factum dagegen eine technische Exceptio gewesen sei! cf. Gaj. IV §. 47 und Savigny §. 225 Note m.)

17) Diese materielle Verschiedenheit heben denn auch die römischen Juristen sehr bestimmt hervor; so heißt es z. B. bei Gaj. IV §. 116^b^ (cf. §. 116^a^) Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas, a te petam, nihilominus id ipso jure a te petere possum »dare mihi oportere«, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli cf. §§. 2. 3. 4. I. de except. (4, 13) §. 5 eod. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari. Während das nichtige Klagerecht nur wieder durch den einen neuen constitutiven Akt entstehen kann, kann das anfechtbare Klagerecht zu voller Wirksamkeit kommen, wenn das Anfechtungsrecht hinwegfällt l. 95 §. 2 D. de solut. (46, 3) incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur — et ideo replicatione exceptio elidetur (vgl. Savigny S. 157. 158 und oben §. 73). Wie das Klagerecht überhaupt nur das Recht in Gestalt der Actio ist, so beruht auch diese Verschiedenheit der Klagerechte und der Vertheidigungsmittel auf einer Verschiedenheit der klagbaren Rechte selbst.

den Vertheidigungsarten ist somit zunächst eine materiellrechtliche, die nur mittelbar auch auf dem Gebiete des formellen Rechts nach der Verschiedenheit der Prozeßinstitution zu einer mehr oder minder hervortretenden äußeren prozessualischen Erscheinung gelangen kann[18]: sie ist daher wie auf dem Gebiete des gemeinen Civilrechts[19], so auch in der Sphäre des österreichischen Privatrechts zu

---

18) So trat im älteren Verfahren per formulas die Exceptio auch formell sichtbar hervor, indem sie als Ausnahme oder Beschränkung der Condemnatio ausdrücklich in die Formula aufgenommen wurde, damit der Judex sie berücksichtige (Gaj. IV §§. 43. 126). Dennoch verkannte man hierüber das materielle Wesen der Exceptio niemals; konnte sie doch, wenn sie unbestritten war, schon in jure Abweisung des Klägers (denegatio actionis) bewirken l. 7 §. 6 D. ad Sc. Maced. 14, 6 l. 9 pr. §. 5 D. de jurejur. 12, 2 Keller Civilproz. §. 36), und galt doch schon früh die Regel: bonae fidei judiciis inesse doli mali exceptionem, d. h. es bedürfe hier keiner formellen Exceptio (l. 3 D. de resc. vend. 18, 5 l. 21 D. solut. matr. 24, 3 l. 84 §. 5 D. de leg. I Frag. Vat. §. 94 vgl. Savigny V Beilage XIII Nr. IV, Puchta Instit. II S. 169 fg., Keller Civilproz. §. 35). Seit dem Aufheben des ordo judiciorum privatorum endlich ist die formelle exceptio gänzlich verschwunden, während das materielle Exceptionsrecht fortbestehen blieb: die Form ist untergegangen, das Wesen ist geblieben; vgl. Puchta Instit. II S. 272. 273, Savigny V S. 166 fg.

19) Seit den Ausführungen Kierulff's I S. 175 fg. und insbesondere Savigny's V §. 225 fg. wird dieser Unterschied h. z. T. allgemein, und zwar nicht bloß von den Civilrechtsschriftstellern, sondern auch von den gemeinrechtlichen Prozessualisten gemacht vgl. z. B. Heffter System §. 134 fg., Bayer Vortr. §§. 176. 177. 189—201, Wetzell I §. 17, Osterloh Lehrb. II §§. 187. 193 fg. Auch die Glossatoren unterschieden noch diese beiden Vertheidigungsarten, indem sie die exceptiones im weiteren Sinn (Note 11) in exceptiones juris (s. actionis) und exceptiones facti (s. intentionis) unterschieden, von denen jene die wahren römischen Exceptionen, diese die übrigen Einwendungen (z. B. der Zahlung) sein sollten. (Glossa ad l. 2 D. h. t. 44, 1 Nota tamen quod exceptio duobus modis sumitur: large et stricte seu proprie; large pro omni defensione — stricte seu proprie capitur pro defensione, quae reo competit contra actionem competentem contra dictum reum. Gloss. ad c. 1 de L. C. in VI 2, 3 Defensiones, quae ipso jure actiones tollunt, ut solutio acceptilatio, non proprie dicuntur exceptiones, cum non excludant actionem, qui nulla est ibi actio; large exceptiones dicuntur, quia excludunt agentem. Diese Exceptionen im weiteren Sinn hießen exceptiones facti s. intentionis, weil hic solummodo agere potuit de facto, quia nulla actio de jure ei competebat Gloss. ad l. 40 C. de transact. 2, 4, während sie, wenn die intentio ipso jure tenet, exceptiones actionis hießen, da hier der Kläger de jure agere potest.) Allein man konnte sich weder über die Grenzen beider Classen, noch über ihre praktische Behandlung einigen, da man den eigentlichen materiellen Differenzpunkt stets übersah und ungerechtfertigte prozessualische Folgen an jene Unterscheidung knüpfen wollte; vgl. die reichhaltigen Nachweisungen bei Albrecht S. 116 fg. 170. 171. 181, vgl. auch Knappe S. 77 fg., Helmolt Verhältn. S. 300. 301. (In

machen[19a], da auch hier der gleiche materielle Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit besteht[20]. Behält man nun immerhin

ganz abgeblaßter und bedeutungsloser Gestalt hat sich jene Unterscheidung zwischen exceptiones juris et facti bis in den Beginn dieses Jahrhunderts erhalten und auch in dem §. 7 der A. G. O. Aufnahme gefunden; man legte dieser Eintheilung jetzt den Sinn bei, vgl. Fischer Handb. der dilator. Einwend. §. 6, daß exceptiones juris jene sein sollten, welche nur oder doch „zunächst und unmittelbar" auf einem Rechtssatz, exceptiones facti jene, welche nur oder zunächst auf einem thatsächlichen Verhältniß beruhen, oder „aus einem Faktum und einem Gesetz zugleich hergeleitet werden", so z. B. Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 53 fg. (der als Beispiel einer solchen exceptio juris die Einwendung des Beklagten auf Grund des §. 367 a. b. G. B. anführt: als ob der Beklagte nicht die betreffenden Thatsachen anführen müßte!): diese Unterscheidung beruht auf der älteren unrichtigen Auffassung des Gesetzes als eines Entstehungsgrundes concreter Rechte resp. auf der Verwechslung der Rechtsquellen mit den Quellen concreter Rechtsverhältnisse (oben §. 1 und §. 72): sie wird als theoretisch unzulässig und praktisch überflüssig h. z. T. allgemein verworfen (vgl. z. B. Bayer S. 619. 620, Osterloh II S. 62, Haimerl S. 29, auch schon Kees Comment. zur joseph. G. O. 1789. I S. 9. 10 übergeht sie mit Stillschweigen) und ist mit Recht in die C. P. O. nicht übergegangen.) So ließen denn die Prozessualisten, welche keinen oder doch keinen dringenden Grund hatten, die zwei verschiedenen Classen der Einreden zu trennen, jene Unterscheidung gänzlich fallen; da sie es waren, die lange Zeit ausschließend oder doch hauptsächlich die Lehre von den Klagen und Einreden behandelten, so erklärt sich daraus, daß man bis auf unsere Zeit jenen Unterschied gänzlich verkannte, ja sogar behauptete, daß der Unterschied der modi tollendae obligationis ipso jure und ope exceptionis schon im neueren röm. Recht nicht mehr bestanden habe, so z. B. Albrecht S. 61 fg., Thibaut System 8. Aufl. §. 34; vgl. dagegen Büchel Civilr. Erörter. II S. 2 fg., Puchta Pandekt. §. 286. (Übrigens sagte doch noch Zanger in seiner vielgenannten Dissertatio de exceptionibus I. c. 3 Proprie accipitur exceptio pro ea defensione, quae actionem jure civili subsistentem excludit, generaliter tamen est defensio, qua certis et justis ex causis auxilium reo tribuitur adversus intentionem.)

19a) Daß unsere Prozeßschriftsteller die beiden Classen der Einwendungen (Einreden) nicht unterschieden haben, ist weniger auffallend und tadelnswerth, als daß auch die Commentatoren des bürgerl. Gesetzb. dieß bisher unterlassen haben: sie sind dadurch zu mannichfachen Irrthümern geführt worden, und haben deßhalb insbesondere den §. 937 a. b. G. B. theils in rein äußerlicher, theils in unrichtiger Weise interpretirt (vgl. z. B. Zeiller III S. 151. 152, Nippel VI S. 208. 209, Winiwarter IV S. 113; unzureichend sind auch Stubenrauch's Bemerkungen zu diesem §. 937 Bd III S. 118).

20) Sobald ein Recht den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, zwischen direkter und indirekter Rechtsaufhebung kennt, gibt es auch ipso jure (unmittelbar) und ope exceptionis (mittelbar) wirkende Vertheidigungsgründe, und muß hiernach auch die selbständige Vertheidigung des Beklagten mit Rücksicht auf diesen möglichen doppelten Inhalt in zwei Classen unterschieden werden. Diese Unterscheidung der zwei Classen von Einreden beruht auf dem stofflichen Inhalt, nicht auf der prozessualischen Form und ist daher unabhängig von der Einrichtung des

auch den Gattungsbegriff Einwendung (Einrede, defensio[20a]) bei und versteht man darunter jedwede selbständige Vertheidigung des

---

Prozesses. Was sich verändert haben kann, ist nicht der Charakter, sondern nur der Umfang dieser beiden Classen (vgl. Savigny V S. 156. 157), so daß es im Einzelnen oft schwer ist, die richtige Grenze zu ziehen (vgl. auch Bayer S. 610). In diesem Sinn findet allerdings ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen dem heutigen, insbesondere dem österreichischen, und dem römischen Recht statt. 1) Manche Umstände, welche nach römischem Recht den Schuldner nur mittelbar (ope exceptionis) liberiren, befreien ihn heutigen Tags unmittelbar (ipso jure), und vermehren daher die Zahl der Einreden im weiteren Sinn. Dieß gilt insbesondere von dem formlosen Erlaßvertrag, welcher h. z. T. regelmäßig die Wirkung der römischen Acceptilatio hat und daher die Obligatio selbst aufhebt (oben §. 96 Note 17). Daher bewirkt aber auch h. z. T. das Vermächtniß der Schuldbefreiung (liberatio legata), der s. g. letztwillige Schulderlaß §. 663 a. b. G. B. D. de lib. leg. 34, 3 vgl. Arndts im R. L. VI S. 338 fg.), die unmittelbare Tilgung der Schuld, so daß der bedachte Schuldner ipso jure liberirt wird und nicht etwa bloß eine Exceptio gegen die Forderungsklage erwirbt, wie nach röm. Recht (l. 3 §§. 1. 3 l. 5 pr. l. 7 §. 1 l. 22 D. cit. 34, 3 l. 8 §. 1 D. de dol. exc. 44, 4), welches dieses Vermächtniß wie ein legatum de non petendo auffaßt (l. 8 §. 1 cit. heres damnatus non petere a debitore; l. 7 §. 1 cit. si — damnaverit heredem Stichum non petere; l. 22 cit. Quod mihi Sempronius debet, peti nolo cf. l. 5 pr. D. eod. 34, 3), da die Obligatio nicht in unförmlicher Weise aufgehoben werden konnte, daher der Schuldner erst auf Liberirung (Acceptilation) klagen mußte (l. 3 §. 3 l. 7 §. 1 cit. Arndts Pandekt. §. 576), während er h. z. T. nicht auf Befreiung, sondern bloß auf Herausgabe des Schuldscheins u. s. f. (§. 663 a. b. G. B., Arndts §. 576 Anm. 2) zu klagen braucht. Während der Endtermin bei Prädialservituten und Stipulationen nach röm. Recht nur ope exceptionis wirkte (l. 4 pr. D. de serv. 8, 1 l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44, 7 l. 56 §. 4 D. de V. O. §. 3 I. de V. O. 3, 15 vgl. Savigny III §. 127, Elvers Die römische Servitutenlehre I §. 13 und oben §. 73 Note 4 §. 83 Note 21. 25), wirkt er h. z. T. ipso jure. Auf dem gleichen Grund des Mangels der förmlichen Endigungsart (l. 44 §. 1 D. cit. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi) beruht es, daß eine Servitut durch einfachen Verzicht (ohne förmliche in jure cessio resp. remancipatio cf. Gaj. II §. 30. §. 3 I. de usufr. 2, 4 vgl. Elvers I S. 258. 349 fg., Arndts §. 193 Anm. 1) nicht vollkommen aufgehoben wurde, sondern daß der Verpflichtete gegen fernere Ausübung des Rechts bloß Exceptionsschutz hatte (cf. l. 4 §. 12 D. de dol. exc. 44, 4 arg. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1); wie hier nun schon im justinianischen Recht der formlose Verzicht ipso jure Aufhebung der Servitut bewirkte (cf. l. 14 §. 1 D. de serv. 8, 1 l. 8 pr. D. quemadm. serv. 8, 6 vgl. Arndts a. a. O.), so vollends heutzutage; doch wird dort, wo öffentliche Bücher bestehen, ein ähnlicher Unterschied herbeigeführt, indem das dingliche Recht, wie durch Intabulation erworben, so nur durch Extabulation aufgehoben wird, daher der Verpflichtete dem klagenden Berechtigten gegenüber, der auf das formell noch fortbestehende Recht verzichtet hat, sich nur durch Exceptio (exceptio pacti conventi s. doli) schützen kann. — 2) In manchen Punkten ist unsere Auffassung von der römischen, die etwas subtiler ist, verschieden. So findet nach röm. Recht, wenn zwei Obligationen mit

Beklagten, womit er den möglicherweise an sich begründeten Klagthatsachen gegenüber von dem Anspruch des Klägers befreit zu sein

---

demselben Inhalt (auf eadem res) nebeneinander bestehen, und eine derselben getilgt wird, nur eine mittelbare Liberirung (ope exceptionis) in Ansehung der anderen formell noch fortbestehenden Obligatio statt (l. 57 D. de V. S. Bona fides non patitur. ut bis idem exigatur; cf. l. 28 D. de A. E. V. 19, 1 l. 3 D. de resc. vend. 18, 5 l. 9 pr. D. de novat. 46, 2 l 8 §. 5 eod. l. 18 D. de V. O. l. 84 §. 6 D. de leg. I. l. 9 §. 1 D. de furt. 47, 2 vgl. Savigny V §. 236, Bähr Die Anerkennung S. 47. 48): auf dem Boden des österr. Rechts wird man wohl behaupten müssen, daß dieser Umstand auch die zweite (accessorische) Obligatio unmittelbar tilge (ipso jure aufhebe), indem man argumentirt, daß durch die Tilgung der einen Schuld zugleich die auf denselben Gegenstand gerichtete andere Obligatio aufgehoben werde, also durch einen Akt zwei Obligationen solvirt werden, da der Gläubiger das schon hat, was ihm nur Einmal gebührt (vgl. §. 117 Note 17). Ebenso unterscheidet das römische Recht in feiner Weise bei einer Mora des Gläubigers unmittelbare und mittelbare Liberirung des Schuldners durch casuellen Untergang des geschuldeten Gegenstandes, je nachdem dieser eine Species ist oder nicht, da dort nicht aber hier durch den Casus eine wahre nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung bewirkt wird (l. 72 pr. D. de solut. 46, 3 in Verbindung mit l. 6 D. de dol. exc. 44, 4; vgl. über jene Stelle, welche den Auslegern viele Schwierigkeit gemacht hat, Mommsen Beiträge I §. 25 Note 37 III S. 299, Fuchs im Arch. f. civil. Prax. Bd XXXIV S. 233 fg.): für das österr. Recht wird man wohl sagen müssen, daß durch die Oblation die generische Obligatio individualisirt worden sei und der Schuldner daher auch in diesem Fall durch den casuellen Untergang ipso jure liberirt werde. — 3) In machen Fällen bewirkt die Grundverschiedenheit in der Auffassung eines Instituts eine Verschiedenheit der Wirkung desselben Umstandes. So gehen nach österr. Recht die Klagen resp. die Rechte durch Verjährung ipso jure unter, während nach röm. und gemeinem Recht das Recht an sich fortbesteht und dem Verpflichteten nur eine Exceptio (exceptio temporis) zu Gebote steht. Nach österr. Recht hört der Erbe, der die Erbschaft an den Fideicommissar restituirt hat, ipso jure auf Erbe zu sein, während er nach röm. Recht Erbe bleibt (semel heres, semper heres cf. §. 3 I. de fideic. hered. 2, 23), so daß sein Recht an der erworbenen Erbschaft durch die Restitution derselben nicht ipso jure aufhört, sondern nur ope exceptionis unwirksam ist (cf. l. 70 pr. D. ad Sc. Trebell. 36, 1 vgl. Puchta Pandekt. und Vorles. §. 557). Nach röm. Recht bleibt der Gläubiger auch nach der Cession noch immer Forderungsberechtigter, daher der Schuldner durch Zahlung an denselben nach geschehener Cession, ja selbst nach erfolgter Denuntiatio, unmittelbar (ipso jure) liberirt wird (vgl. Muther Die Actio §§. 63. 64, Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 256 Anm. 3) und gegen die an sich begründete Klage des Cedenten nur durch Einrede im technischen Sinn (exceptio doli) geschützt ist (l. 16 pr. D. de pact. 2, 14 l. 28 D. de procur. 3, 3 vgl. Arndts §. 256): nach österr. Recht verhält es sich gerade umgekehrt; der Gläubiger hört durch die Cession gänzlich auf Gläubiger zu sein (§§. 1392. 1394 a. b. G. B. s. g. Singularsuccession, oben §. 74 Note 17), daher der Schuldner gegen dessen Klage ipso jure geschützt ist (vgl. auch Bähr Zur Cessionslehre in Jhering's Jahrbüch. I Nr. VIII S. 414 fg.) und durch Zahlung an den Cedenten, die er unbekannt mit der geschehenen Cession

behauptet, so muß man doch nach dem möglichen Inhalt dieser Behauptungen zwei verschiedene Classen von Einreden (Einwendungen) unterscheiden, welche in materiellrechtlicher Beziehung von einander verschieden sind[21]. Die Umstände, welche unmittelbar (ipso jure)

---

leistet, zwar unmittelbar (ipso jure) befreit wird (§. 1395 a. b. G. B.), nicht aber weil der Cedent noch Gläubiger ist, sondern obgleich er es nicht mehr ist (Bähr a. a. O. S. 415; Ähnliches kommt bei anderen Verhältnissen vor vgl. Unger Inhaberpap. S. 131. 132). — 4) Endlich ist aus manchen anderen Gründen das Gebiet der Exceptionen im technischen Sinn im heutigen und insbesondere im österr. Recht verengert worden; so z. B. durch das Prinzip der s. g. unmittelbaren Stellvertretung (oben §. 90 B. II), indem die exceptio doli, durch die sich bei der s. g. mittelbaren Stellvertretung der Repräsentant resp. der andere Contrahent schützen konnte (cf. l. 28 D. de proc. 3, 3 l. 20 D. de instit. act. 14, 3 l. 6 §. 1 D. de neg. gest. 3, 5), und deren sich unter Umständen auch der Repräsentirte bedienen mußte (cf. l. 10 §. 2 D. de pact. 2, 14), h. z. T. ganz hinwegfällt, da der Repräsentant ipso jure weder berechtigt noch verpflichtet ist; so durch die Erhebung der vorläufigen Einmahnung des Hauptschuldners zu einer Bedingung für die Klage gegen den Bürgen (§. 1355 a. b. G. B.; mit Unrecht sprechen Fischer Handb. der dilat. Einw. §. 100, Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 55 u. A. von einer exceptio ordinis, da doch die Behauptung des beklagten Bürgen, daß der Gläubiger den Hauptschuldner nicht eingemahnt habe, nach österr. Recht eine negative Litiscontestation ist, vgl. §. 123 Anm. 1); so durch die Bestimmung des §. 1421 a. b. G. B., daß der Pflegbefohlene die Fähigkeit habe, „eine richtige und verfallene Schuld rechtmäßig abzutragen und sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen" (vgl. oben §. 76 Note 25) u. s. f.

20a) Mit dem Ausdruck defensio bezeichnen die römischen Quellen die Einwendungen (Einreden) im weiteren Sinn, also jede selbständige Vertheidigung des Beklagten im Unterschied von der Klagableugnung (inficiatio, negatio, vgl. Heffter System §. 135 und die Stellen bei Wetzell I §. 17 Note 2); so heißt z. B. wiederholt exceptionis defensio (cf. c. 1 de lit. cont. in VI. 2, 3 — exceptionis peremtoriae seu defensionis cujuslibet); defensio im weitesten Sinn umfaßt jede Vertheidigung des Beklagten, also auch das Leugnen (z. B. l. 43 pr. D de R. J. Nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit). Heutzutage versteht man hin und wieder unter Defensionen (Civildefensionen, Civileinreden) die Einreden, welche ipso jure wirkende Thatsachen zu ihrer Unterlage haben (cf. l. 11 C. h. t. 8, 36 Defensiones sive exceptiones —).

21) In prozessualischer Beziehung läßt sich zwischen beiden Vertheidigungsarten kein erheblicher Unterschied machen (vgl. Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 148 fg., Savigny V S. 169. 184 fg., Reinhold in der angef. Abh. S. 195 fg., Bayer Vortr. §. 195), wenn man nicht etwa den Umstand, daß die Vertheidigung des Klägers gegen die selbständigen Behauptungen des Beklagten nach Verschiedenheit ihres möglichen doppelten Inhalts eine verschiedene ist (vgl. unten § 126), als einen auch für das Prozeßrecht erheblichen betonen will (so z. B. Wetzell I S. 100. 102 fg., vgl. auch Helmolt Verhältn. §. 17 und S. 317). Jene prozessualische Indifferenz von Einreden im weiteren und engeren Sinn gilt schon nach justinianischem Prozeßrecht; vgl. Bethmann-Hollweg Handb. I S. 262 fg., Puchta Institut. II S. 272. 273. (In neuester Zeit hat Ubbe-

das Klagrecht in seinem Entstehen gehindert oder das entstandene Recht wieder vernichtet haben, bilden den Stoff der Einreden

---

lohde Über den Satz Ipso jure compensatur 1858 §. 26 vgl. §. 18. §. 3 den praktischen materiellen Unterschied zwischen ipso jure und ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgründen geleugnet, und dagegen auch für das justinianische Recht einen praktisch wichtigen prozessualischen Unterschied zwischen beiden Vertheidigungsarten herausfinden wollen, indem er meint, daß der Gegensatz zwischen der prozessualischen Behandlung eines ipso jure und derjenigen eines ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgrundes darin bestanden habe, daß der erstere gleichzeitig mit dem Klagegrund, der andere, erst nachdem der Klagegrund rechtlich gewiß war, zum Beweise gelangte. Für diesen unwillkürlich erfundenen Unterschied bringt Ubbelohde auch nicht den Schein eines quellenmäßigen Beweises vor, denn in l. 14 §. 1 C de compens. 4, 31 wird doch wohl niemand außer ihm einen solchen finden, während l. 2 C. de prob. 4, 19 und l. 4 C. de edend. 2, 21 ziemlich, l. 4 C. de except. 8, 36 aber ganz bestimmt das Gegentheil lehren, vgl. auch Sintenis Civilr. I §. 32 Note 31, Bethmann Handb. I S. 265: und auf diese dünne gebrechliche Spitze setzte Ubbelohde die „praktische" Bedeutung der Regel ipso jure compensatur, die er wieder im formellen, prozessualischen Sinn verstanden wissen will!) Insbesondere besteht für das heutige gemeine und österr. Prozeßrecht zwischen Einwendungen im weiteren und engeren Sinn kein erheblicher prozessualischer Unterschied mehr. Es fehlt zwar nicht an Versuchen, an diesen Unterschied auch prozessualisch wichtige Consequenzen zu knüpfen, aber diese Versuche müssen als verfehlt zurückgewiesen werden. So hat man öfters behauptet, daß nur die technischen Einreden (Exceptionen) im ersten Verfahren vorgeschützt werden müßten, während die Einreden im weiteren Sinn auch noch im Beweisverfahren zu berücksichtigen wären: diese Ansicht widerspricht dem s. g. Eventualprinzip, wonach alle Vertheidigungsmittel des Beklagten zugleich vorgebracht werden müssen (vgl. Sintenis Erläuter. I S. 397 fg.; Reinhold S. 201 wirft diese Frage mit der folgenden zusammen). Mehr Beifall hat die Ansicht gefunden, daß der Richter Einreden im weiteren Sinn (ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe) von Amtswegen (ex officio) berücksichtigen (suppliren, ergänzen) müsse, sollte sich gleich der Beklagte auf sie nicht berufen, dafern sie sich nur aus den Akten (z. B. durch gelegentliche Aussagen der Beweiszeugen) ergäben (so Sintenis Erläuter. I S. 383 fg. Civilr. I §. 32 Noten 5. 32, Heffter System §. 138, ja selbst Wächter Handb. II S. 510. 511, und zum Theil auch Wetzell I §. 19 Note 8); aber auch diese Behauptung (welche nur der trübe Rest einer älteren Ansicht ist, vgl. hierüber Albrecht Die Except. S. 124. 170) muß als im Widerspruch stehend mit der s. g. Verhandlungsmaxime, wonach jede Partei die Thatsachen, worauf sich ihr Begehren stützen läßt, anführen muß, damit der Richter sie berücksichtige, entschieden verworfen werden, sowohl für das gemeine Recht (vgl. schon Gesterding Ausbeute II S. 187 fg. und Helmolt Verhältn. S. 261 fg. 275 fg. 278 fg. 317) als für das österr. Recht; vgl. auch §. 1501 a. b. G. B. und oben §. 122 Note 21. (Nur ist hiemit nicht der Fall zu verwechseln, wenn der Kläger selbst in seiner Klage rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen anführen sollte, da sich hier aus seinen eigenen Anführungen ergibt, daß das Klagerecht ein gegenwärtig daseiendes nicht sei, somit die Behauptung eines Klaganspruchs mit des Klägers eigenen Behauptungen in Wider-

(Einwendungen) im weiteren Sinn; die Umstände, welche auf das Klagerecht nur mittelbar wirken, indem sie dem Beklagten die rechtliche Möglichkeit gewähren, das an sich vorhandene Klagrecht anzugreifen und dessen gänzliche oder theilweise, dauernde oder zeitweise Unwirksamkeit herbeizuführen, bilden das Substrat der Einreden (Einwendungen) im engeren Sinn, der Exceptionen im technischen Sinn. Jede Exceptio im technischen Sinn ist hienach eine Einrede (Einwendung) im weiteren Sinn, aber nicht jede Einrede im weiteren Sinn ist eine Exceptio im technischen Sinn[22].

Die Einreden im weiteren Sinn sind jene selbständige Vertheidigung des Beklagten, welche in der qualifizirten Negation des klägerischen Rechts besteht. Der Beklagte behauptet die Nullität des Klagerechts; da die Nichtigkeit eine ursprüngliche oder nachfolgende ist, so kann der Beklagte behaupten, daß das Klagerecht gar nicht entstanden, oder daß das entstandene später wieder vernichtet worden sei. Der Beklagte hat, um seine Behauptung des Nichtentstandenseins oder des Nichtmehrvorhandenseins des klägerischen Rechts zu substantiiren, Thatsachen anzuführen, aus welchen der Schluß auf das Nichtdasein des Klagerechts zu ziehen ist, welcher Schluß

spruch steht: der Richter darf zwar nicht von Amtswegen Einreden berücksichtigen, aber er hat von Amtswegen juristische Logik zu üben. Ganz anders stünde es, wenn der Kläger in seiner Klagschrift eine Einrede im technischen Sinn erwähnen würde, z. B. einen Stundungsvertrag: auf eine solche muß sich stets der Beklagte ausdrücklich berufen, da es lediglich von ihm abhängt, ob er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen will oder nicht, ein Umstand, der im Fall einer Contumacia des Beklagen besonders wichtig wird; unrichtig auch in dieser Beziehung Ubbelohde in der angef. Abhandl. S. 270 Note 7.) Die Darstellung von Fischer Handb. §. 109 fg. und Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 57 lit. c., wonach der Richter die s. g. exceptiones juris (Note 19) in der Regel von Amtswegen berücksichtigen müsse, und der Beklagte dieselben auch später vorzubringen berechtigt sei, ist entschieden unrichtig. — Die Behauptung Helmolt's Verhältn. S. 213. 214. 280, daß, wenn der Kläger einer das Klagrecht als ipso jure nichtig darstellenden Einrede (im weiteren Sinn) des Beklagten eine Gegeneinrede opponire, welche jene Einwendung selbst als später wieder aufgehoben darstelle, hierin eine Klagänderung liege, welche Abweisung der ersten Klage zur Folge haben müsse, ist zwar an sich richtig, beruht aber zum Theil vgl. unten §. 126 Note 10) auf einem zu weit gehenden in der Praxis mit Recht nicht befolgten Rigorismus, vgl. auch Bayer Vortr. S. 613 fg. 666.

22) Vgl. Kierulff I S. 176 Note*, Reinhold S. 199; über den Gebrauch des Ausdrucks Exceptio im technischen Sinn vgl. Savigny V S. 189.

dann den Schluß aus den Klagthatsachen auf das Dasein des Klagerechts (§. 123) zerstört. Die Thatsachen, welche den Stoff der Einreden im weiteren Sinn bilden, sind demnach:

1) Die rechtshindernden Thatsachen, das heißt die Umstände, welche die regelmäßige Wirkung der rechtserzeugenden Thatsachen zu paralysiren, also die Entstehung des Klagerechts zu verhindern vermochten (Einreden gegen die Entstehung des Klagerechts). Hieher gehören (vgl. §. 123 I Nr. 1) alle Thatsachen, welche eine der allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsentstehung ausschließen[23]; ferner alle Umstände, an welche die Gesetze eine Ausnahme von der Regel knüpfen, auf welche der Kläger seinen Klageanspruch stützt[24]; endlich die Umstände, welche eine letzte Wil-

23) Es ist daher eine Einwendung (Einrede) im weiteren Sinn vorhanden (vgl. oben §. 123 Note 24), wenn der Beklagte die ausnahmsweise Rechtsunfähigkeit behauptet (z. B. daß Kläger unfähig sei, Eigenthum zu erwerben, §. 356 a. b. G. B. l. 5 pr. D. de prob. 22, 3, daß die Sache außer Verkehr stehe, §§. 356. 878 a. b. G. B., daß der Kläger erbunfähig sei §. 538 fg. a. b. G. B.), oder sich auf die ausnahmsweise Handlungsunfähigkeit einer der handelnden Parteien beruft, z. B. auf die Minderjährigkeit (cf. l. 9 C. de prob. 4, 19; mit Unrecht sieht Vorst Beweislast §§. 45. 62 hierin einen „Widerspruch“ und bürdet dem Kläger die Behauptung und den Beweis der Volljährigkeit auf), auf den Wahnsinn (vgl. §. 566 a. b. G. B. cf. l. 5 C. de codic. 6, 36), auf die Trunkenheit u. s. f. (Mit Unrecht sieht Wagner a. a. O. in diesen Behauptungen des Beklagten einen „Widerspruch“, vgl. dagegen auch Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs 1832 II S. 55—67). Es ist daher auch eine Einwendung, wenn der mit einer Deliktsklage Belangte behauptet, daß ihm die beschädigende Handlung wegen einer Sinnesverwirrung u. ä. nicht zugerechnet werden könne (mit Unrecht sieht Knappe S. 103 hierin einen „Widerspruch“); daher ist es ferner eine Einwendung, wenn der Beklagte eine Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung, also den Widerspruch von Erklärung und Wille (z. B. im Fall des § 570 a. b. G. B.) behauptet (oben §. 123 Note 23a; mit Unrecht verlangt Vorst Beweislast §§. 65. 66 nicht vom Beklagten den Beweis des Scherzes, sondern vom Kläger den Beweis der ernstlichen Willenserklärung). Vgl. auch Reinhold §§. 15. 16, der aber mit Unrecht die rechtshindernden Thatsachen zu den rechtsvernichtenden rechnet, während doch nur Entstandenes vernichtet werden kann, und zu diesen selbst jene Thatsachen zählt, welche den Stoff der technischen Exceptionen bilden; auch irrt Reinhold, wenn er S. 163 behauptet, daß Wahnsinnige nur keine Veräußerungs- und Verpflichtungshandlungen, wohl aber Erwerbshandlungen vornehmen können, und S. 167. 168 diese Ansicht ausspricht, daß der physisch Gezwungene den Beweis des erlittenen Zwangs nicht zu führen habe.

24) Es ist daher eine Einwendung (Einrede) im weiteren Sinn vorhanden (vgl. oben §. 123 Note 25), wenn der Beklagte behauptet, daß der auf Entschädigung klagende Bürge selbst den Schaden verschuldet habe (§. 1362 a. b. G. B; nach röm. Recht begründet diese Behauptung eine technische Exceptio cf. l. 41 pr.

lenserklärung, aus welcher der Kläger sein Recht herleitet, als aufgehoben darstellen[25].

2) Die rechtsvernichtenden Thatsachen, das heißt die Umstände, welche kraft gesetzlicher Vorschrift die Aufhebung (den Untergang) des entstandenen Rechts des Klägers unmittelbar (ipso jure) bewirken[26].

---

l. 62 D. de fidejuss. 46, 1) daß er ohne sein Verschulden an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert worden sei, insbesondere daß er ausnahmsweise (vgl. oben §. 123 Note 22) für den entstandenen Schaden nicht zu haften habe (§. 1298 a. b. G. B. l. 19 §. 1 D. de prob. 22, 3 l. 11 eod. l. 1 §. 13 D. de magistr. conv. 27, 8), daß er aus Nothwehr gehandelt habe (vgl. Wetzell I S. 98; wohl mit Unrecht sehen manche gemeinrechtliche Schriftsteller, z. B. Bethmann Vers. S. 375, in der Geltendmachung der Nothwehr gegenüber der actio legis Aquiliae eine technische exceptio, während doch gerade darin, daß qui jure suo utitur nemini facit injuriam, eine Negation dem aus dem damnum injuria datum entspringenden actio legis Aquiliae liegt; in den Quellen wird denn auch stets die Untersuchung darauf gestellt, ob die Beschädigung so beschaffen sei, daß sie cum damno injuriam attulerit cf. l. 49 §. 1 l. 29 §. 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2 l. 3 §. 7 D. de incend. 47, 9; die l. 7 §. 4 D. quod vi 43, 24 ist wohl nicht ausreichend zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht). Daher ist es auch eine Einwendung, wenn der Beklagte behauptet, daß die letzwillige Verfügung wegen einer falsa causa ungültig sei, da die Regel ist: falsa causa non nocet (§. 572 a. b. G. B.); vgl. den in l. 12 D. de prob. (22, 3) dargestellten Fall. Dasselbe gilt, wenn der geklagte Cedent behauptet, daß die cedirte Forderung später durch Zufall oder durch Schuld des Cessionars (§§. 1398. 1399 a. b. G. B.) uneinbringlich geworden sei (cf. l. 11 D. de prob. 22, 3 l. 1 §. 13 D. de mag. conv. 27, 8) u. s. f.

25) Der Beklagte beruft sich hier auf einen Umstand, welcher die sonst stattfindende Entstehung des Rechts aus dem letzten Willen verhindert: Kläger stützt sich auf eine Erklärung des letzten Willens, Beklagter behauptet eine Änderung des letzten Willens (§. 713 fg. a. b. G. B.) und hat daher diese Behauptung (Einrede) zu beweisen; l. 22 D. de prob. (22, 3) Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. l. 4 eod. — probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur. Es hat daher insbesondere der beklagte Erbe die Ademtion des Legats (§. 724 a. b. G. B.) zu behaupten und zu beweisen l. 22 i. f. D. de leg. II — onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat. l. 11 §. 12 D. de leg III l. 34 §. 1 D. de auro leg. (34, 2). Vgl. Bethmann Vers. S. 358.

26) Hieher gehört die Erlöschung einer Obligatio durch Zahlung (l. 12 D. de probat. 22, 3 — nam si creditum petam, ille [sc. reus] respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est l. 25 §. 2 eod. l. 1 C. de probat. 4, 19 l. 7 C. de except. 8, 36 l. 25 C. de sol. 8, 42), durch Novation, durch casuellen Untergang der geschuldeten Species (debitor speciei liberatur interitu rei, §. 1447 a. b. G. B. l. 83 §. 5 l. 105 D. de V. O. 45, 1 l. 98 §. 8 D. de solut. 46, 3 §. 2 I de inut. stip. 3, 19), das Erlöschen des Pfandrechts durch Tilgung der Schuld (cf. l. 23 D. cit. 22, 3), der Untergang des Eigen=

3) Es gibt rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen, welche zwar unmittelbar wirken, welche aber diese Wirkung nur dann haben, wenn der (eventuell) Verpflichtete dieß will: **wenn** solche Thatsachen wirken, so sind sie allein es, welche den betreffenden Effekt der Rechtshinderung oder der Rechtsaufhebung hervorbringen, **daß** sie aber wirken, hängt vom Willen der betreffenden Partei ab: solche Thatsachen wirken zwar **für sich** (ipso jure), aus eigener Kraft („von selbst" in dem Sinn von propria vi ac potestate), sie wirken aber nicht **von selbst** in dem Sinn von „ohne weiters (proprio motu), sondern nur in Folge eines vom hiezu Berechtigten ausgehenden Anstoßes: es sind **bedingt** ipso jure wirkende Umstände (vgl. §. 91 Note 42)[26a]. Diese ipso juro wirkenden Vertheidigungsgründe gehören zwar zu den Einreden im weiteren Sinn, sie bewahren aber diesen Charakter nicht rein, sondern bilden eine Übergangsstufe zu den technischen Exceptionen. Sie unterscheiden sich von den ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgründen dadurch, daß sie nicht bloß das entstandene Recht aufzuheben[27], sondern auch die Entstehung des Rechts zu hindern vermögen[28], welche Wirkung die

---

thumsrechts (cf. l. 16 C. de prob. 4, 19), insbesondere durch Erwerbung desselben auf Seiten des Beklagten (s. g. exceptio recentioris dominii), der Untergang der Servitut durch non usus, das Erlöschen der väterlichen Gewalt u. s. f.

26a) Diese Unterscheidung der ipso jure wirkenden Thatsachen in unbedingt und bedingt wirkende wird m. W. nirgends gemacht.

27) Fälle, in welchen ein Umstand bedingt (d. h. nur mit dem Willen einer Partei) rechtsvernichtend wirkt, kennt schon das röm. Recht: so tritt der Rückfall des Eigenthums an den Verkäufer im Fall der lex commissoria zwar ipso jure aber doch nur mit dem Willen des Verkäufers ein (l. 2 l. 3 l. 4 § 2 l. 7 D. de leg. commiss. 18, 3), und Ähnliches gilt bei der in diem addictio (l. 9 D de in diem add. 18, 2 §. 1085 a. b. G. B.); so wirken die Privationsgründe bei der Emphyteuse ipso jure, aber dennoch nur dann, wenn der Eigenthümer von seinem Privationsrecht Gebrauch machen will (vgl. **Arndts** im R. L. Bd III S. 881. 882 und Pandekt. §. 199); insbesondere aber gehört wohl schon nach röm. Recht (vgl. **Arndts** §. 265) und sicher nach österr. Recht (§. 1438 a. b. G. B.) die Compensation hieher. Nach österr. Recht ist auch die Klagenverjährung nicht ein Exceptionsgrund, wie nach röm. Recht, sondern ein bedingt ipso jure wirkender Umstand (oben S. 443. 444).

28) Hierher gehören alle Fälle der s. g. relativen (bedingten) Nullität vgl. oben §. 91 Nr. V (vgl. auch Gaj. III §. 123); so ist z. B. nach österr. Recht ein durch Betrug oder Zwang erzeugter Vertrag relativ nichtig (oben §§. 80. 81), es sind daher dolus und metus nach österr. Recht nicht ope exceptionis (wie nach röm. und gemeinem Recht), sondern bedingt ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe.

Exceptionen niemals haben; ferner dadurch, daß die betreffende Wirkung unmittelbar durch sie selbst hervorgebracht wird, während bei den Exceptionen der Beklagte es ist, der durch seine Thätigkeit das bestehende Recht aufhebt[29]; endlich darin, daß durch die Geltendmachung eines mittelbaren (ope exceptionis wirkenden) Aufhebungsgrundes das Recht ex nunc aufgehoben wird, während es in den Fällen eines bedingt ipso jure wirkenden Umstandes ex tunc d. h. von der Zeit an aufgehoben ist, wo die betreffende rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache eingetreten ist[30]. Dagegen kommen diese bedingt ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe mit den ope exceptionis wirkenden darin überein, daß sie nur mit dem Willen des Beklagten wirken, und daß diese Möglichkeit, den fraglichen Thatsachen den erforderlichen Impuls zu geben, als ein eigenes selbständiges Recht des Beklagten erscheint[31].

29) Bei den Exceptionen ist das klägerische Recht ein durch den Beklagten aufhebbares, bei den in Rede stehenden Einreden ein mit seinem Willen aufgehobenes, in allen anderen Fällen von Einreden im weitern Sinn ein von selbst (ohne Rücksicht auf den Willen des Beklagten) aufgehobenes: dort hebt der Beklagte das Klagerecht auf, hier wirkt die Thatsache für sich, nur bald von selbst, bald in Folge eines vom Beklagten ausgehenden Anstoßes. (Deßhalb heißt es im §. 1438 a. b. G. B., daß die Compensation „schon für sich" die Zahlung bewirkt; daher hängt es aber auch vom Beklagten ab, ob Compensation stattfindet oder nicht, d. h. ob die Gegenforderungen einander tilgen oder nicht l. 2 l. 3 D. de compens. 16, 2 l. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27, 4 l. 18 §. 4 D. commod. 13, 6.)

30) So ist die Emphyteuse vom Eintritt des Privationsgrundes an erloschen, wenn der Eigenthümer von seinem Privationsrecht Gebrauch macht (cf. nov. 7 c. 3 §. 2 nov. 120 c. 8). Daher besteht die Wirkung der geltend gemachten Compensation darin, daß die eine Forderung als durch die andere in dem Zeitpunkt getilgt erscheint, wo zuerst beide als compensable Forderungen einander gegenüber standen, was besonders in Ansehung der Zinsverbindlichkeit und der Mora praktisch wichtig wird; l. 4 C. de compens. (4, 31) Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio eorum subsistit. l. 11 l. 12 D. eod. (16, 2) vgl. §. 1438 a. b. G. B. (Es braucht daher auch gar nicht von einer „Zurückziehung der Wirkung" der Compensation gesprochen zu werden: in dieser Richtung scheinen mir die Bedenken, welche Brinz die Lehre von der Compensation S. 9 fg. gegen die herrschende Lehre ausspricht, allerdings gerechtfertigt zu sein; das Nähere im Obl. R.)

31) In diesem Sinn spricht man von dem Recht des Eigenthümers, den Emphyteuta zu entsetzen (Privationsrecht), von dem Recht „eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen" (§. 1487 a. b. G. B.) oder „die Aufhebung eines Vertrags aus Mangel der Einwilligung zu verlangen" (§. 877 a. b. G. B., vgl. oben §. 80 Note 17),

2. Die Einreden (Exceptionen) im technischen Sinn. Das Recht als Einrede- (Exceptions-) Recht.

§. 125. I. Die **Einrede** (Exceptio) im technischen Sinn[1] ist jene Vertheidigung[1a] des Beklagten, welche in der Behauptung eines selbständigen dem an sich begründeten Klagerecht gegenüberstehenden Rechtes besteht, wodurch jenes ganz oder theilweise unwirksam gemacht wird. Die Exceptio setzt ein Klagerecht voraus, welches alle Voraussetzungen hat, die für sich hinreichen würden, demselben die richterliche Anerkennung und Hülfe zu verschaffen; das Geltendmachen der Exceptio entzieht ihm aber dieselbe, indem der klägerische Anspruch, der an sich (prima facie) als begründet erscheint, mit Rücksicht auf das entgegenstehende Recht des Beklagten sich in concreto als ungerechtfertigt erweist; dasjenige, was der Kläger fordert, scheint ihm wirklich zu gebühren, es gebührt ihm aber in der That (überhaupt oder jetzt) doch nicht: die Verurtheilung des Beklagten erscheint zunächst, wenn bloß auf das Klagerecht gesehen wird, als zulässig, in Erwägung der Totalität des rechtlichen Verhältnisses aber (überhaupt oder doch in gewissen Beziehungen) als unstatthaft[2].

---

ebenso von dem Recht zur Compensation, d. h. dem Recht, die coexistirenden Gegenforderungen als durch Aufrechnung getilgt zu behandeln. Vgl. folg. § Note 40.

1) Über die sonstigen Bedeutungen von exceptio und excipere vgl Keller Civilproz. §. 36 Note 402, Büchel Civilrechtl. Erörterung. II S. 21 fg.

1a) Gaj. IV §. 116 Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. pr. I. de except. (4, 13); daher der Ausdruck exceptionis defensio l. 56 D. de cond. ind. (12, 6).

2) So z. B. erscheint der Restitutionsanspruch des Vindicanten an sich begründet, wenn er wirklich Eigenthümer der Sache ist, und dennoch als (zur Zeit) unstatthaft mit Rücksicht auf das entgegenstehende dingliche (l. 1 §. 4 D. de superf. 43, 18 l 6 §. 9 D. comm. divid. 10, 3) oder persönliche Recht (l. 9 D. de R. V.) des Beklagten; die Eigenthumsklage des Verkäufers einer fremden Sache, welcher später aus irgend einem Grund Eigenthümer derselben geworden ist, ist an sich fundirt, dennoch aber gegenüber dem Beklagten, der die Sache vom Vindicanten durch Kauf erworben hat, unstatthaft, da der Kläger dasjenige, was er mit der Eigenthumsklage erlangen will, nach dem Kaufcontrakt dem Beklagten zu geben resp. zu lassen schuldig ist (s. g. exceptio rei venditae et traditae l. 72 D. de R. V. l. 17 D. de evict. 21, 2 Tit. D. de except. rei vend. 21, 3 §. 366 a. b. G. B.); der mit der actio Publiciana (§. 372 fg. a. b. G. B.) geltend gemachte Anspruch mag an sich als begründet erscheinen, und ist dennoch dem mit gleichem oder stärkerem Recht besitzenden Beklagten gegenüber unstatthaft (l. 16. 17 D. de Publ. act. 6, 2 §. 372 fg. a. b. G. B.); der an sich begründeten Klage aus dem späteren dinglichen Recht steht die Berufung des Beklagten auf sein älteres dingliches Recht gegenüber (so z. B. im Fall des §. 486 a. b. G. B.; so steht dem früheren

Es steht hier Recht dem Recht, Anspruch dem Anspruch gegenüber[2a]: das Recht des Beklagten lähmt (dauernd oder zeitweise) die Wirkung des Klagerechts, es erscheint als eine (gänzliche oder theilweise, dauernde oder zeitweilige) Ausschließung des Berechtigten von der praktischen Realisirung seines Rechts[3], als ein Hinderniß für die zwangsweise Durchführung des an sich vorhandenen Rechtsanspruchs[4].

Pfandgläubiger gegen den die actio hypothecaria anstellenden späteren Pfandgläubiger die exceptio rei sibi ante pignoratae zu l. 12 pr. D. qui potior. 20, 4 l. 19 D. de exc. rei jud. 44, 2); dem Anspruch des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises steht das Recht des Käufers gegenüber, den Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben (§. 934 a. b. G. B.); der formell (da die Willenserklärung des Erblassers noch besteht cf. pr. I. de ademt. legat. 2, 21 l. 34 §. 1 D. de auro leg. 34, 2 und Arndts im R. L. VI S. 298) an sich begründeten Forderung des Legatars steht in den Fällen des §. 724 a. b. G. B. das Recht des Erben entgegen, den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen (exceptio doli: petis contra voluntatem defuncti l. 3 §. 11 l. 15 l. 22 D. de adim. v. transf. leg. 34, 4) u. s. w.; vgl. hierüber auch die trefflichen Ausführungen von Kierulff I S. 178 fg. Insofern der Kläger im Bewußtsein des ihm entgegenstehenden Rechts des Beklagten dennoch seinen Anspruch geltend macht, handelt er dolose, indem er etwas fordert, wovon er weiß, daß es ihm eigentlich nicht gebührt (vgl. Kierulff I S. 182, Hänel im civil. Arch. Bd XII S. 419. 420): dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit, nam etsi initio nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo (cf. l. 177 §. 1 D. de R. J.), ut dolo careat. l. 2 §. 5 D. de dol. mal. (44, 4) cf. l. 2 §. 4 eod. l. 36 D. de V. O. (45, 1).

2a) Die Ansprüche halten sich das Gleichgewicht: der Anspruch des Beklagten paralysirt den Anspruch des Klägers. Der Kläger hat einen Anspruch, aber keinen wirksamen, eine actio, aber sine effectu (l. 54 D. de cond. indeb. 12, 6): insofern pflegt man auch zu sagen, der Berechtigte, dem eine Exceptio gegenüberstehe, könne nicht (sc. cum effectu) klagen, er habe keine (wirksame) Klage, so z. B. l. 5 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1) — agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest; l. 13 §. 8 eod. l. 3 D. de resc. vend. (18, 5) — ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt. l. 3 §. 1 D. de pec. const. (13, 5) l. 15 D. de adim. leg. (34, 4) — non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. l. 27 §. 7 D. de pact. (2, 14).

3) l. 2 pr. D. de except. (44, 1) Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad cludendum (excludendum? elidendum?) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est (vgl. zu den letzteren Worten dieser Stelle Bekker Die prozess. Consumt. S. 93). Während exceptio im römischen Formularprozeß eine „Ausnahme von dem Befehle ist, bei richtig befundener Actio zu condemniren, zu Gunsten des Beklagten hinzugefügt" (Keller Civilproz. §. 34), ist die Exceptio materiell und auch noch heutigen Tags „eine Ausnahme von der aus der Klage eigentlich hervorgehenden Verpflichtung, obgleich diese Ausnahme nicht mehr auf die Anweisung an einen Judex zur regelmäßigen Condemnation sich bezieht" (Savigny V S. 168).

4) l. 22 pr. D. h. t. (44, 1) Exceptio est conditio, quae modo eximit

Wie die Actio im materiellen Sinn die rechtliche Möglichkeit ist, ein Recht im Weg selbständigen Angriffs geltend zu machen, so ist die Exceptio im materiellen Sinn (das jus exceptionis, pr. I. de replic. 4, 14) die rechtliche Möglichkeit, ein Recht im Weg der Vertheidigung geltend zu machen: die prozessualische Verwirklichung dieser Möglichkeit, das Vorschützen des Exceptionsrechts gegen die versuchte gerichtliche Durchführung des Klagerechts ist die Exceptio im formellen Sinn (das Excipiren, die Exceptionshandlung)[5]. Wie die Klage ein Mittel zur Realisirung eines Anspruchs (Angriffsmittel) ist, so ist die Exceptio ein Mittel zur Abwehr dieser Realisirung (Schutzmittel[5a]): ist das Klagrecht das Recht selbst in der Gestalt des selbständigen Angriffs, der Actio, so ist das Einrederecht das Recht selbst in der Gestalt der Vertheidigung gegen die Actio, das Recht in der Gestalt der Exceptio[6].

---

reum a damnatione, modo minuit damnationem. Der Auftrag an den Richter in der Formula zu condemniren erschien als ein (doppelt) bedingter: war formell die Exceptio eine negative Bedingung des Condemnationsbefehls (Savigny S. 161. 162, Keller Civilproz. S. 133), so war und ist materiell die Nichtexistenz eines Exceptionsrechts die Bedingung der Verurtheilung des Beklagten auf die an sich begründete Klage hin.

5) Im römischen Formularprozeß war das Excipiren eine Thätigkeit des Prätors, der die Exceptio auf Bitte des Beklagten (exceptionem petere, postulare) gewährte (exceptionem dare, reddere, addere) oder versagte (exceptionem denegare, Keller Civilproz. §. 36), und in jenem Fall in die Formula aufnahm; mit dem Untergang des ordo judiciorum privatorum wurden die Exceptionen, was sie auch noch heute sind, Anträge des Beklagten an den Richter auf Freisprechung; seither ist es der Beklagte, der excipirt (exceptionem opponere, objicere, Savigny V §. 226) und hierauf sowie auf die Einreden im weiteren Sinn sein Einredebegehren stützt (§. 8 A. G. O. §. 12 C. P. O.), also das Klagebegehren zu elidiren sucht (cf. l. 2 §. 5 D. de dol. mal. 44, 4 l. 17 D. de evict. 21, 2 l. 21 §. 1 D. de pign. 20, 1).

5a) l. 1 §. 4 D. de dol. (4, 3) — exceptio, qua se tueri possit; l. 26 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6) — sciens se tutum exceptione. l. 28 pr. D. de leg. I.

6) Die Ansicht, daß die Exceptio im technischen Sinn auf einem selbständigen Recht des Beklagten beruhe (vgl. Kierulff Theorie I S. 175 fg., Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 373, Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 23 fg., Reinhold in der angef. Abh. §. 26, Savigny V §. 225 fg., Puchta Institut. II §. 170 Pandekt. und Vorles. §. 93, Wächter II §. 69), hat, wenigstens in solcher Allgemeinheit, in neuester Zeit mannigfachen Widerspruch gefunden, so von Bekker Die prozess. Consumpt. S. 93—96 (dem auch Wetzell System §. 17 Note 16 beistimmt), Windscheid Die Actio S. 226. 227, Brinz I §. 39; aber doch wohl mit Unrecht, vgl. da-

II. Wie der Klagegrund (causa actionis, causa petendi) das Recht selbst ist, aus welchem die Klage entspringt (oben §. 114), so ist der Grund der Einrede (causa exceptionis) das Recht selbst, welches mittelst der Einrede geltend gemacht wird. Ein Recht, welches durch Klage geschützt ist, kann unter Umständen auch im Weg der Einrede geltend gemacht werden: wer ein klagbares Recht hat, kann dasselbe auch als Einrederecht geltend machen[7]. Es gibt aber auch Rechte, welche nur auf letzterem Weg zur gerichtlichen Geltung gebracht werden können, da sie ihrer Natur nach[8] (oder kraft gesetzlicher Bestim=

---

gegen auch Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 101 Anm. 1 a. E. und die folgende Darstellung im Text und in den Noten. — Wie die Klagen im civilrechtlichen Sinn, so will Windscheid auch die Einreden im materiellen Sinn aus dem Civilrecht ganz beseitigt haben: mit gleichem Unrecht. Dagegen muß aber auch hier daran festgehalten werden, daß nach heutigem Recht die Exceptionen an den Rechten, nicht die Rechte an den Exceptionen darzustellen sind: dagegen verstoßen diejenigen Schriftsteller, welche (wie z. B. Puchta Vorles. I S. 215, Arndts §. 102) das Retentionsrecht bloß als „eine Anwendung" der exceptio doli generalis auffassen und darstellen (vgl. dagegen auch Dernburg Compens. S. 14, Lenz im R. L. IX S. 379): mit gleichem Recht könnte man in der Lehre von den Exceptionen die s. g. exceptio rei venditae et traditae nach ihrer materiellen stofflichen) Seite darstellen.

7) l. 156 §. 1 D. de R. J. Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit. l. 1 §. 4 D de superf. (43, 18) c. 71 de R. J. in VI. Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus. cf. l. 18 § 4 D. commod. (13, 6). So kann z. B. der dinglich Berechtigte, welcher kraft seines Rechtes gegen den besitzenden Eigenthümer auf Herausgabe der Sache klagen könnte, gegen die an sich begründete rei vindicatio des Eigenthümers durch Berufung auf sein dingliches Recht sich schützen (l. 1 §. 4 cit.; possidentes exceptionem, non possidentes actionem habemus cf. l. 52 D. de A. R. D. 41, 1); in gleicher Weise kann man ein Anfechtungsrecht (oben §. 91 B.) sowohl im Weg der Klage als im Weg der Einrede geltend machen, also entweder auf Aufhebung der Obligatio (z. B. im Fall des §. 934 a. b. G. B.) klagen, oder gegen die Klage des andern Contrahenten von dem Recht, die Obligatio anzufechten und umzustoßen, in dem Einredevortrag Gebrauch machen. (Gegen dieses Prinzip verstößt Schuster in der Zeitschr. f. Gesetzkunde und Rechtspflege in Ungarn u. s. f. Jahrg. III Nr. 31, indem er behauptet, das Anfechtungsrecht wegen laesio ultra dimidium könne nicht im Weg der Einrede, sondern nur im Weg der Klage resp. Widerklage geltend gemacht werden: also soll der rescissible Vertrag erst erfüllt und hinterher rescindirt werden? vgl. dagegen schon Pratobevera Mater. VII S. 386.) Andere Fälle s. in l 8 §. 13 D de inoff. test. (5, 2) l. 9 §. 4 D. de jur. j. (12, 2) l. 28 §. 5 D. ex quib. caus. (4, 6) l 7 §. 3 D. de minor. (4, 4) u. s. f.

8) So gibt z. B. der Stundungsvertrag (pactum de non petendo intra certum tempus), die res judicata (soweit es sich um die nochmalige Geltendmachung eines durch rechtskräftiges Urtheil erledigten Rechtsanspruchs handelt), das Bereichertsein des Klägers im Fall des §. 1424 a. b. G. B. (vgl. Note 25),

mung[8a]) bloß zum Schutz gegen die Klage des Andern dienen: aus dem Dasein eines Exceptionsrechts läßt sich nicht mit innerer Nothwendigkeit und absoluter Sicherheit auf das Dasein eines Klagerechts schließen. Das Exceptionsrecht kann übrigens von Anfang an dem Klagrecht gegenüberstehen, oder ihm erst später entgegentreten[9].

III. Durch die technische Einrede (Exceptio) wird die Wirksamkeit des Klagrechts gänzlich oder theilweise gehemmt: die **Wirkung** der mit Erfolg vorgeschützten Exceptio besteht darin, daß die Verurtheilung des Beklagten gänzlich oder zum Theil abgewendet wird, daß die Condemnatio entweder gar nicht oder nur unter quantitativen[10] oder qualitativen (Note 17. 19. 20) Beschränkungen stattfindet. Die Einrede entzieht dem Klagrecht seine Wirksamkeit für immer oder nur für jetzt, jenachdem das Exceptionsrecht in seiner Dauer unbeschränkt oder beschränkt, also der Hemmungsgrund ein dauernder oder vorübergehender ist: hierauf beruht die Eintheilung der Einreden in **peremtorische** und **dilatorische**[10a].

---

das Tradirtsein der verkauften Sache im Fall ihrer späteren Abforderung, nach gemeinem Recht der Umstand, daß der Darlehensempfänger ein Haussohn ist u. s. f. bloß ein Exceptionsrecht. Auch diesen Einreden liegt ein Recht zu Grunde, aber ein Recht, das seiner Natur nach nicht ein selbständig für sich bestehendes, angriffsweise realisirbares ist.

8a) So erzeugte (nach der herrschenden Ansicht vgl. Savigny Obl. R. I S. 53 fg., dagegen aber Brinz Krit. Blätt. III S. 16 fg.) der formlose Vertrag (nudum pactum) eine naturalis obligatio, also bloß eine exceptio, nicht auch eine actio (l. 7 §. 4 D. de pact. 2, 14 l. 45 eod. l. 28 C. eod.); so hat nach röm. Recht derjenige, der auf eine fremde Sache Verwendungen (impensas) machte, ein Recht auf Ersatz, welches er nicht im Weg der Klage, sondern nur im Weg der Einrede (Retentionsrecht Note 17) gegen den vindicirenden Eigenthümer geltend machen kann l. 14 D. de dol. exc. (44, 4) l. 48 D. de R. V. (6, 1) l. 33 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 14 §. 1 D. comm. div. (10, 3) vgl. Vangerow I §. 344 Anm. Nr. 1: nach österr. Recht hat umgekehrt der Besitzer, der einen Aufwand auf die Sache gemacht hat, kein Retentionsrecht (§§. 334. 471 a. b. G. B.), dagegen aber ein Klagrecht (vgl. Note 17).

9) Beispiele für beides s. in §§. 1. 2 I. de except. (4, 13).

10) Darauf bezieht sich die Definition der l. 22 pr. D. h. t. (Note 4) — minuit damnationem. (Auch die l. 2 pr. h. t. 44, 1, Note 3, wird öfters z. B. von Keller Civilproz. S. 143 hierauf bezogen, aber wohl mit Unrecht, vgl. auch Brinz I S. 130.) Über diese Funktion der Exceptionen, die Condemnatio nicht zu excludiren, sondern bloß zu minuiren (z. B. im Fall des § 1424 a. b. G. B., im Fall des beneficium competentiae §. 1354 a. b. G. B. cf. l. 7 pr. D. h. t. 44, 1) vgl. Keller Civilproz. S. 143—145, Dernburg Compens. §§. 20—22.

10a) Gaj. IV §. 120. Dicuntur autem exceptiones aut peremtoriae aut

1) Die Einreden, welche die Klage nur zur Zeit oder unter gewissen Umständen[11] hindern, heißen dilatorische (aufschiebende, verzögerliche) Einreden[12] (exceptiones dilatoriae, temporales[12a], moratoriae). Dasjenige, was durch diese Einreden Aufschub erleidet, ist im Allgemeinen die erfolgreiche Durchführung des Klageanspruchs[13]: nach Verschiedenheit des Inhalts und der Richtung des

---

dilatoriae. §. 8 I. h. t. (4, 13) Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremtoriae, aliae temporales et dilatoriae. §. 7 A. G. O. §. 12 C. P. O.

11) Wenn diese beiden Momente („zur Zeit" und „unter gewissen Umständen") getrennt aufgeführt werden, so geschieht dieß um hervorzuheben, daß dort die Zeit allein der Klage im Wege steht, so daß mit dem bloßen Ablauf der Zeit die Klage wirksam angestellt werden kann, während in den letzteren Fällen die besonderen Umstände sich verändert haben (bereiniget sein) müssen, um die Klage mit Erfolg anstellen zu können, was natürlich gleichfalls in die Zeit fällt, so daß in diesem Sinn freilich alle dilatorischen Einreden die Klage „zur Zeit" hindern.

12) Gaj. IV §. 122. Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent — §. 10 I. h. t. (4, 13) Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt —. l. 2 §. 4 l. 3 D. h. t. (44, 1) — non semper locum habent, sed evitari possunt. Über die dilatorischen Einreden vgl. Gesterding Ausbeute von Naturforschungen Bd II Nr. V „Zur Lehre von den Einreden" S. 163 fg. vgl. auch Bd III Nr. IV „Fortgesetzte Beiträge zur Lehre von den Einreden" S. 109 fg., Pfeiffer „Über die dilatorischen Einreden und die Prozeßeinwendungen" in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XI Nr. III (S. 84—137) Bd XII Nr. VI (S. 157—192; bisher unvollendet). — Fischer Handbuch der dilatorischen Einwendungen. Wien 1825 (214 SS.). Aber auch hier wieder (vgl. §. 124 Note 3) ist darauf aufmerksam zu machen, daß im Civilrecht nur von materiellen dilatorischen Einreden, nicht auch von den dilatorischen Prozeßeinwendungen zu handeln ist, welche auf den Inhalt und die Beschaffenheit des klägerischen Rechts, auf dessen Existenz und Geltung an sich (die merita causae) gar keine Beziehung haben, eine Unterscheidung und Trennung, die nicht immer gehörig gemacht wird (vgl. auch Gesterding Bd II S. 166 fg. 175, Haimerl in der im vor. § Note 1 angef. Abh. S. 28, Helmolt Verhältn. S. 171 fg., Pfeiffer Bd XI S. 84. 85, 137). Zu weit geht Albrecht Die Exception. §. 39. 40 wenn er nur die Prozeßeinwendungen, nicht auch die die merita causae treffenden verzögerlichen Einreden dilatorische nennt.

12a) Der Ausdruck temporalis exceptio hat überdieß noch die Bedeutung einer ganz individuellen Exceptio, nemlich der Einrede der Klagverjährung (exceptio temporis); in der Bedeutung als verjährbare Einrede dagegen (d. h. als ein der Verjährung unterworfenes Exceptionsrecht) kommt der Ausdruck exceptio in den Quellen nicht vor; vgl. Savigny §. 227 Note s, Wächter §. 69 Note 8. Der Ausdruck moratoria praescriptio findet sich in l. 2 C. de prec. imper. (1, 19).

13) §. 10 I. h. t. (4, 13) — ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere, ideo enim et dilatoriae estae exceptiones appellantur. Im älteren röm. Formularprozeß hatte die mit Erfolg vorgeschützte

Einrederechts gestaltet sich dieß jedoch im Einzelnen wieder verschieden [14]. Die dilatorischen Exceptionen sind nemlich entweder gegen den in der Klage geltend gemachten Anspruch selbst, oder nur gegen die jetzige gerichtliche Verfolgung und Realisirung dieses Anspruchs gerichtet. Bei den Einreden der ersteren Art steht das Recht des Beklagten dem Anspruch des Klägers selbst gegenüber; mit Rücksicht auf jenes Recht erscheint der an sich begründete Klaganspruch zur Zeit als in concreto nicht vorhanden: der Kläger hat den geltend gemachten Anspruch gegen diesen Beklagten zwar bereits an sich (formell), aber noch nicht praktisch (materiell) [15]. Hier wird durch das Exceptions-

---

dilatorische Exceptio zufolge des Prinzips der prozessualischen Consumtion die Wirkung der definitiven Abweisung des Klageanspruchs Gaj. IV §§. 123. 124 §. 10 I. h. t. 4, 13, so daß ihr eigentliches Wesen bloß in ihrer zeitlich begrenzten Existenz bestand (vgl. Savigny V S. 176. 177, Wächter Erört. III S. 11 fg., Keller Civilproz. S. 142, Pfeiffer in der angef. Abh. Bd XI S. 107. 111, Bekker Die prozess. Consumt. S. 88 fg.); späterhin änderte sich dieß (§. 10 I. cit., Pfeiffer Bd XI S. 126 fg.) und die dilatorische Einrede hatte, wie h. z. T., nur mehr die Wirkung einer zeitweisen (temporären) Abweisung der Klage (vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Prozesses I S. 262 fg., Puchta Institut. II S. 271 fg.): bezog sich im älteren röm. Recht die Eintheilung der Exceptionen in dilatorische und peremtorische nur auf die Dauer, so bezieht sie sich späterhin und h. z. T. auf die Wirkung (vgl. Bayer Vortr. S. 750).

14) Diese Unterscheidung wird gewöhnlich, m. E. mit Unrecht, ganz übersehen; so hebt z. B. Wächter II S. 496. 497 ganz besonders hervor, daß die dilatorischen Einreden „nicht gegen das Recht des Klägers, nicht einmal gegen das Klagerecht an sich gerichtet, sondern bloß gegen die sofortige Verfolgung des Rechts gerichtet sind". (Dürfte man unter der intentio dem Wortlaut von Gaj IV §. 41 gemäß den Theil der Formel verstehen, der den klägerischen Rechtsanspruch umfaßt — vgl. jedoch dagegen Bekker Die prozess. Consumpt. S. 37 fg. —, so ließen sich die Worte der l. 2 pr. D. h. t. — ad cludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est von der im Text gemachten Unterscheidung verstehen.)

15) So z. B. wenn der rei vindicatio des Eigenthümers das dingliche oder persönliche Recht des Beklagten auf die Sache entgegensteht (l. 9 D. de R. V. l. 1 §. 4 D. de superf. l. 6 §. 9 D. comm. div.): so lange dieses Recht des Beklagten besteht, hat der Kläger noch gar nicht einen gegenwärtig wirksamen Anspruch auf Restitution der Sache, da der Anspruch des Beklagten auf das Behalten der Sache den Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Sache paralysirt; wie die actio locati auf Rückgabe der Bestandsache vor Beendigung des Verhältnisses ipso jure nicht existirt (nondum nata est), so ist die rei vindicatio in so lange ope exceptionis unwirksam, in Schach gehalten. (Vgl. auch Fritz in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd I S. 72 fg.; unrichtig Wetzell I §. 17 Note 11, der in diesen Fällen von einem ipso jure wirkenden Vertheidigungsgrund spricht und den Grund davon, daß in l. 1 §. 4 cit. l. 6 §. 9 cit. von einer exceptio die Rede ist, „in dem prätorischen Schutz des vom Beklagten behaupteten Rechts" finden will:

recht des Beklagten den Anspruch als solcher und mit ihm die Klage hinausgeschoben. Andere dilatorische Einreden dagegen treffen nicht den Anspruch selbst, der vielmehr auch in concreto bereits vollkommen begründet ist; allein der Beklagte hat ein Recht darauf, daß dieser Anspruch noch nicht gerichtlich verfolgt werde[16], oder doch daß er nicht ohne weiteres realisirt werde[17]: diese Einreden hindern die Ver-

---

vgl. dagegen l. 9 D. de R. V.) Nach österr. Recht gehört auch der Fall der §§. 947. 954 a. b. G. B. hieher: der Schenker hat einen Anspruch auf Unterstützung, „wenn sich anders der Beschenkte nicht selbst in gleich dürftigen Umständen befindet" (exceptio dilatoria): so lang der Beschenkte dürftig ist, braucht er den Anspruch des Schenkers nicht zu erfüllen, sondern ist berechtigt, die verlangte Unterstützung zu verweigern.

16) Hieher gehört z. B. der Stundungsvertrag (das s. g. pactum conventum de non petendo intra certum tempus cf. Gaj. IV §. 122 l. 3 D. h. t. 44, 1) oder ein Moratorium: der Anspruch des Klägers ist vollkommen begründet (daher auch Ausschließung der condictio indebiti l. 56 D, de cond. ind. 12, 6), allein der Beklagte hat ein Recht darauf, daß dieser Anspruch intra certum tempus nicht gerichtlich geltend gemacht werde, dieses Recht bildet den Inhalt seiner Einrede. (In den Fällen der freiwilligen oder erzwungenen Stundung ist nur die Klage, nicht der Anspruch selbst, die Obligatio, suspendirt, was wegen der Vertragszinsen und der Compensation in der Zwischenzeit wichtig ist vgl. Puchta Vorles. II S. 54. 55, Dernburg Compens. S. 430 fg.) Nach röm. und gemeinem Recht gehört die s. g. exceptio excussionis des Bürgen und Pfandbesitzers (vgl. Girtanner Die Bürgschaft S. 113 fg. 199 fg. 423 fg., Arndts §§. 355. 378) sowie unter Umständen die s. g. exceptio divisionis des Bürgen (Girtanner S. 457 fg., Arndts §. 215) hieher: beide Einreden sind dem österr. Recht fremd. (Ganz mit Unrecht behauptet Fischer Handb. §. 104, daß dem beklagten Pfandbesitzer nach österr. Recht eine exceptio excussionis personalis zustehe.)

17) So hat z. B. beim Kauf= und Tauschvertrag die Leistung Zug um Zug zu geschehen (§§. 1052. 1062 a. b. G. B.); wenn nun derjenige Contrahent, der selbst noch nicht erfüllt hat, den anderen Contrahenten auf Erfüllung belangt, so kann der Beklagte sein Recht, daß die Leistung Zug um Zug erfolge, also daß er als Verkäufer „berechtigt sei, die Übergabe der Sache zu verweigern", so lange „das Kaufgeld nicht bar abgeführt" werde (§. 1062 a. b. G. B.), in Gestalt einer Einrede geltend machen (s. g. exceptio non adimpleti contractus), indem er verlangt, daß er nur Zug um Zug (gegen Zahlung des Kaufgeldes, gegen Übergabe der verkauften Sache) zu leisten schuldig erkannt werde. Dasselbe gilt im Fall des §. 980 a. b. G. B.; ebenso aber auch in den Fällen der §§. 877. 932. 934. 1068 fg. 1085 a. b. G. B., da in allen diesen Fällen Zug um Zug zu leisten ist. (Versteht man unter Retentionsrecht überhaupt das Recht, eine schuldige Leistung wegen Anspruchs auf eine Leistung von der andern Seite einstweilen vorzuenthalten, also das Rückhaltungsrecht an Leistungen überhaupt zum Schutz einer Gegenforderung, Retentionsrecht im weiteren Sinn, — vgl. z. B. Schweppe Röm. Privatrecht IV §. 183, Puchta Vorles. I S. 215, Cramer im Arch. f. d. civil. Prax. Bd XXXVII S. 305 fg. 415 fg., Dernburg Die Compensation S. 13 fg., Zaun in der Note 19 angef. Abhandl. S. 370. 371,

urtheilung[18] oder bewirken doch, daß die Verurtheilung nicht unbeschränkt (unbedingt) erfolgt[19]: sie schieben die Klage oder die Exekution[20] hinaus.

Arndts in der österr. Vierteljahrsschr. Bd II Literar. Anzeig. S. 10 fg., — dann findet in den angeführten Fällen allerdings auch nach österr. Recht ein Retentionsrecht statt.) Nach gemeinem Recht gehört der Fall des beneficium cedendarum actionum des Bürgen (vgl. Girtanner Bürgschaft S. 216 fg. 251 fg. 468 fg. 538 fg., Schmidt Gemischte Einreden S. 136) und des zahlenden Correalschuldners (vgl. Savigny Obl. R. I §§. 23. 24) hieher; ebenso die Fälle des s. g. Retentionsrechts im engeren Sinn (vgl. Glück Bd XV §. 936, Schenck Die Lehre vom Retentionsrecht S. 36, Luden Retentionsrecht §. 3, Lenz im R. L. Bd IX S. 377 fg., Arndts §. 102) d. h. des Rechts, die Herausgabe einer körperlichen Sache zu verweigern, so lange nicht für die damit in Verbindung stehenden (conneren) Gegenansprüche Befriedigung geboten wird: dieses Retentionsrecht existirt als gesetzliches nach österr. Recht nicht, §§. 344. 471 a. b. G. B. (wie schon nach röm. und gem. Recht nicht beim Depositum l. 11 C. depos. 4, 34), wohl aber möglicherweise als vertragsmäßig eingeräumtes. (Die Erwähnung des Retentionsrechts in der Lehre vom Besitz, §. 334 a. b. G. B., erklärt sich aus der älteren irrigen Auffassung des Retentionsrechts als eines commodum possesionsis, vgl. dagegen Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. §. 3 Nr. 6; die Erwähnung desselben beim redlichen Besitz aus der ebenso unrichtigen älteren Auffassung, daß das Retentionsrecht rechtmäßigen und redlichen Besitz voraussetze; vgl. dagegen Groskopff Zur Lehre vom Retentionsrecht 1858 §. 16 S. 86 fg. — Ganz eigenthümlich in den Voraussetzungen und zum Theil auch in den Wirkungen ist das s. g. kaufmännische Retentionsrecht, worüber das Nähere in das Handelsrecht gehört.)

18) Der Kläger wird in diesen Fällen (Note 15. 16. 16a) mit seiner Klage zeitweilig („zur Zeit", „dermalen", „für jetzt") abgewiesen (die Privatstrafe der plus petitio §. 10 I. h. t. 4, 13 §. 33 I. de act. 4, 6 l. 1—3 C. de plus petit. 3, 10 besteht nach gem. und österr. Recht nicht): er kann jedoch nach Beseitigung der hindernden Umstände seine Klage von neuem anstellen. — Unter Umständen kann es geschehen, daß der Versuch, den hindernden Umstand zu beseitigen, zu einem Resultat führt, wodurch der frühere Beklagte gänzlich frei wird; z. B. wenn der Bürge gemeinrechtlich die exceptio excussionis vorschützt: die Klage ist bloß auf eine Zeit lang abgewendet, wenn die Ausklagung des Hauptschuldners zu keinem Resultat führt; erhält aber der Kläger, der sich auf jene Einrede hin an den Hauptschuldner wendet, von diesem seine Befriedigung, so ist jetzt der Bürge definitiv liberirt, aber nicht durch jene Einrede, sondern durch den neu eingetretenen Umstand der Zahlung, er erlangt also an der Stelle jener dilatorischen technischen Einrede eine peremtorische Einrede im weiteren Sinn, die s. g. exceptio solutionis; ähnlich im Fall der s. g. exceptio divisonis des Bürgen. Indem man die zufälligen Folgen solcher dilatorischen Einreden mit ihrer Wirkung verwechselte, sprach man in früherer Zeit häufig von s. g. gemischten Einreden, exceptiones mixtae s. anomalae, als ob sie eine Mischung dilatorischer und peremtorischer Einreden wären: ein Begriff übrigens, über dessen Bedeutung und Umfang man sich nicht zu einigen vermochte. Nachdem sich schon früher manche Schriftsteller, z. B. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd II 1827 S. 167 fg., gegen diese Annahme gemischter Einreden ausgesprochen hatten, hat sich neuerlich Schmidt Die gemischten Einreden 1839

2) Die peremtorischen (zerstörenden) Einreden (exceptiones peremtoriae, perpetuae [20a]) schließen die Klage für immer und unter

S. 76 fg. die verdienstliche Mühe genommen, diesen monströsen Begriff gründlich zu widerlegen und definitiv zu beseitigen.

19) Es wird in diesen Fällen (Note 17) der Beklagte nur verurtheilt, dem Kläger „gegen Zahlung des Kaufpreises" (§§. 1052. 1062 a. b. G. B.), „gegen Rückerstattung des gegebenen Werths" (§. 980 a. b. G. B.) u. s. f. zu leisten; es findet hier also eine qualitative Beschränkung der Verurtheilung statt: der Beklagte wird bedingungsweise verurtheilt. Darüber, daß in diesen Fällen nicht eine zeitweise Abweisung des Klagebegehrens bis nach Berichtigung der dem Kläger obliegenden Leistung, sondern eine bedingte Verurtheilung des Beklagten stattfinde, vgl. insbes. Zaun Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht im Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd IV Nr. XVI S. 369—429; ferner auch Groskopff in der angef. Abhandl. §§. 1—3. 12. 19 (der jedoch das Retentionsrecht auf ein viel zu enges Gebiet beschränken will, vgl. dagegen auch Arndts in der österr. Vierteljahrsschr. Bd II S. 10 fg. und S. 15 eine Formel dafür angibt, die im Grunde schon Kierulff I S. 179 Note* gelegentlich aufgestellt hat), Arndts a. a. O. S. 12 fg. Wetzell System Abth. II S. 410. Daß sich dieß ebenso nach österr. Recht verhalte, kann mit Grund nicht bezweifelt werden; stellt der Kläger selbst sein Petit auf bedingte Verurtheilung des Beklagten z. B. gegen Zahlung des Kaufgeldes, so hat die Sache ohnehin kein Bedenken (vgl. auch Fischer Handbuch der dilat. Einwend. §. 105): ebenso wenn der Kläger über die vorgeschützte Einrede des nicht erfüllten Contrakts (exceptio nondum adimpleti contractus) seinem Petit in der Replik jene Restriktion gibt (wozu er sicher berechtigt ist vgl. §. 18 prov. C. P. O.); aber selbst wenn der Kläger dieß unterläßt (weil er etwa mit dem Beweise, daß er schon erfüllt habe, oder daß der Beklagte mit der Leistung vorauszugehen versprochen habe u. s. f., aufzukommen hofft), hat nicht Abweisung des Klägers, sondern bedingte Verurtheilung stattzufinden, wozu der Richter sicher befugt ist, da er nicht ultra petitum geht. Durch die zeitweise Abweisung des Klagebegehrens würde nicht nur ganz unnöthiger und ungerechtfertigter Weise (quum ad officium praetoris resp. judicis pertineat, lites deminuere l. 21 D. de R. C.) die Führung eines zweiten Prozesses veranlaßt (vgl. Zaun S. 414), sondern dem Kläger selbst Unrecht geschehen, da der Beklagte nur verlangen kann, daß er nicht früher leisten müsse, als der Kläger, und dieser in Folge der Abweisung der Klage sogar in die Prozeßkosten verurtheilt werden müßte (vgl. §. 398 A. G. O. §. 573 prov. C. P. O.): das Recht und Interesse beider Theile wird vollkommen gewahrt, wenn Beklagter verurtheilt wird, gegen Zahlung des Kaufgeldes u. s. f. zu leisten. (Über die verschiedenen Fälle, die sich hier ereignen können, insbesondere über den Fall, wenn der Beklagte lediglich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützt und erklärt, daß er sich nie geweigert hätte, gegen Empfang der klägerischen Leistung dem Klageanspruch zu genügen, und die Verpflichtung zur Zahlung der Prozeßkosten in diesem Fall, vgl. Zaun S. 415 fg. 424 fg.)

20) Dieß wird gewöhnlich übersehen, indem man ganz allgemein lehrt, daß die dilatorischen Einreden stets die Klage aufschieben, während man mit Rücksicht auf die Fälle der Noten 17. 19 vielmehr sagen muß, daß die dilatorischen Einreden bald die Klage, bald die Exekution hinausschieben (vgl. Zaun S. 413. 419; mit Unrecht will Schmidt Gemischte Einreden S. 136 solchen die Hülfsvollstreckung aufschiebenden Einreden den Charakter dilatorischer Exceptionen absprechen). In den

allen Umständen aus[21]. Auch diese Einreden zerfallen in zwei Classen[21a]. Die zerstörenden Einreden sind entweder gegen den klagbaren Anspruch selbst gerichtet oder sie treffen bloß die gerichtliche Verfolgung desselben. Bei den Einreden der ersten Classe steht das Recht des Beklagten dem Anspruch des Klägers (der res de qua agitur) entgegen und macht ihn unwirksam, hebt ihn auf: das Recht des Beklagten zerstört (perimirt[22]) das klägerische Recht, das dem Effekt nach so gut wie gar nicht vorhanden ist[23]. Findet das Recht

---

Fällen der Note 16 ist die Verurtheilung, in den Fällen der Noten 17. 19 die Vollziehung der Verurtheilung durch die Beseitigung der Einrede (resp. durch die Befriedigung des Gegenanspruchs) bedingt: das Recht des Klägers, die Einleitung der Hülfsvollstreckung zu begehren (die actio judicati), hängt in den letzteren Fällen (Noten 17. 19) davon ab, daß er die ihm aufliegende Leistung erfüllt resp. dem Beklagten vergeblich offerirt habe (vgl. über das Detail Zaun S. 428).

20a) Der Ausdruck perpetua exceptio kommt in den Quellen einmal (l. 5 C. de except. 8, 36) auch in der Bedeutung als unverjährbare Einrede vor, vgl. Savigny V §. 227 Note s.

21) Gaj. IV §. 121 Peremptoriae (exceptiones) sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt — §. 8 I. h. t. (4, 13) l. 2 §. 4 l. 3 D. h. t. (44, 1). — Dem praktischen Erfolg nach bewirken die peremtorischen Exceptionen ebenso eine völlige (definitive) Abweisung des Klägers und Freisprechung des Beklagten, wie die Einreden im weiteren Sinn, die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe: dieß bloß sagt die l. 112 D. de R. J. Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

21a) Diese beiden Classen der peremtorischen Einreden werden gehörig unterschieden von Puchta Pandekt. und Vorles. §. 93 und insbesondere von Wächter Handb. II S. 498 fg.

22) §. 9 I. h. t. (4, 13) Perpetuae et peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem, de qua agitur, perimunt.

23) So z. B. steht dem Restitutionsanspruch des Eigenthümers die exceptio rei venditae et traditae §. 366 a. b. G. B. D. de exc. rei vendit. 21, 3) mit der Wirkung entgegen, daß der klägerische Anspruch durch das entgegenstehende Recht des Beklagten aufgehoben und beseitigt wird (vgl. Wächter §. 69 Note 15); so steht der an sich begründeten Klage des Eigenthümers, dem per injuriam das Eigenthumsrecht abgesprochen wurde, die exceptio rei judicatae entgegen, das heißt das Recht des Beklagten den Inhalt des früheren Urtheils zur Geltung zu bringen (§. 5 I. h. t. 4, 13 Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari cf. §. 4 eod.); dasselbe gilt gemeinrechtlich von der Verjährungseinrede (exceptio temporis) und unter Umständen auch von der exceptio doli und metus (l. 4 §§. 27. 29. 30. 33 D. de dol. exc. 44, 4); ebenso steht dem mit der actio Publiciana erhobenen Restitutionsanspruch des redlichen Besitzers das gleiche oder stärkere Recht des Beklagten entgegen (§. 372 fg. a. b. G. B. l. 9 §. 4 l. 16 l. 17 D. de Publ. act. 6, 2). Mit Rücksicht auf diesen endlichen Erfolg heißt es in l. 52

des Klägers in dem klagbaren Anspruch (actio) seinen vollkommen erschöpfenden Ausdruck, wie dieß bei der Obligatio der Fall ist, so zerstört das Recht des Beklagten, welches vertheidigungsweise geltend gemacht wird, das klägerische Forderungsrecht nach allen Seiten. Dieses Recht des Beklagten kann in der Befugniß bestehen, die Obligatio selbst (das obligatorische Rechtsverhältniß) anzugreifen und umzustoßen (anzufechten, oben §. 91 B)[24], oder in der Befugniß wegen eines besonderen Umstandes das an sich rechtsbeständige Forderungsrecht zu entkräften (infirmiren)[25]: dort wird dem klagweise

---

D. de A. R. D. (41, 1) Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes — exceptionem habemus, und drückt sich §. 366 a. b. G. B. dahin aus, daß das Recht „die Sache durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern, demjenigen nicht zustehe, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat" — eine Ausdrucksweise, die freilich nicht ganz genau ist, da dem Eigenthümer allerdings formell die rei vindicatio zusteht (welche jedoch, wenn der Beklagte sein entgegenstehendes Recht vorschützt (cf. l. 17 D. de evict. 21, 2), ohne Erfolg ist. Ebenso kann man mit Rücksicht auf das praktische Resultat im Fall des §. 724 a. b. G. B. sagen, daß das Legat nicht bestehe (vgl. §. 725 a. b. G. B. und l. 15 D. de adim. leg. 34, 4).

24) So z. B. wenn jemand eine formelle Obligatio (Stipulatio, Wechsel) geschlossen hat, und Mängel der Causa vorhanden sind: der Promittent kann diese Obligatio anfechten (vgl. Bähr Die Anerkennung §. 25, Unger Inhaberpap. §. 22), und zwar sowohl klageweise, indem er auf Befreiung von der contrahirten Obligatio klagt, als einredeweise, indem er der Klage aus der formellen Obligatio sein Anfechtungsrecht (exceptio doli generalis, praesentis) entgegenstellt (cf. l. 1 pr. D. de cond. s. c. 12, 7 l. 76 D. de J. D. 23, 3 l. 2 §. 3 D. de dol. exc. 44, 4 l. 24 D. de cond. indeb. 12, 6 Gaj. IV §. 116. §. 1 I. h. t. 4, 13); ebenso hat derjenige, der aus Irrthum eine Obligatio contrahirt, ein Anfechtungsrecht, welches er in Gestalt einer Klage oder Einrede geltend machen kann (l. 5 §. 1 D. de A. E. V. l. 3 C. de cond. indeb. 4, 5); ebenso wenn die entgeltlich erworbene Sache verborgene physische Mängel hat (§. 922 fg. a. b. G. B. actio redhibitoria, exceptio redhibitoria l. 59 D. de aedil. edict. 21, 1), oder wenn ein Contrahent über die Hälfte verletzt wurde, indem er das Anfechtungsrecht (§§. 934. 935 a. b. G. B.) in Gestalt einer Klage oder einer Exceptio geltend machen kann (l. 156 §. 1 D. de R. J.), oder wenn der Schenker befugt ist, die Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen (oben §. 98 Nr. 1); ebenso gemeinrechtlich im Fall von Dolus oder Metus (exceptio doli praeteriti, exceptio metus), ferner im Fall des beneficium Sc. Vellejani l. 25 §. 1 l. 8 §. 9 D. ad Sc. Vellej. 16, 1 (vgl. Arndts §. 360).

25) Hieher gehört der Fall des §. 1424 a. b. G. B.: der Schuldner ist zwar durch die Zahlung an den Pflegebefohlenen nicht unmittelbar liberirt, allein er ist berechtigt, die nochmalige Erfüllung der formell fortbestehenden Obligatio abzulehnen (also mittelbar liberirt), insoweit der Pflegebefohlene bereichert ist (exceptio doli l. 4 §. 4 D. de dol. exc. 44, 4 l. 15 l. 47 D. de solut. 46, 3 l. 4 D. h. t. 44, 1

geltend gemachten Forderungsrecht der Boden unter den Füßen weggezogen, indem das obligatorische Verhältniß selbst rescindirt wird; hier wird das an sich bestehende Forderungsrecht durch die Thätigkeit des Beklagten (mittelbar) aufgehoben und zerstört: dort tritt das Recht, die Obligatio anzufechten, hier die rechtliche Möglichkeit, das Forderungsrecht zu infirmiren, in der Gestalt der Exceptio, als Einrederecht auf[26]. — Nebst diesen Einreden, welche den Anspruch selbst

§. 2 I. quib. alien. 2, 8 verb. sin autem aliter quam etc.) ferner der Fall eines rechtskräftigen mit Unrecht freisprechenden Urtheils (§§. 4. 5 I. h. t.); der Fall des etwaigen (§. 96 Note 17) Abschlusses eines pactum de non petendo in rem auf immer (l. 7 §. 8 D. de pact. 2, 14 cf. l. 56 D. de cond indeb. 12, 6); so kann ferner der beklagte Bürge das ihm im Schlußsatz des §. 1364 a. b. G. B. eingeräumte Recht unter Umständen auch in Gestalt einer Exceptio geltend machen und die Abweisung des Gläubigers erwirken (vgl. Zeiller IV S. 38, Stubenrauch III S. 593, der aber hier mit Unrecht von einer Compensation spricht; über das gemeine Recht vgl. Arndts §. 357 Nr. 2); auch die Vertheidigung des Hauptschuldners im Fall des §. 1361 a. b. G. B. ist wohl ebenso als ein Exceptionsrecht aufzufassen (cf. l. 12 §. 2 l. 29 D. mand. 17, 2 l. 95 §. 11 D. de solut. 46, 3 l. 41 pr. l. 62 D. de fidejuss. 46, 1 Vangerow III §. 578 Anm. 4), wie die Vertheidigung des Verkäufers gegen den Eviktionsleistung fordernden Käufer, der die Streitverkündigung (litis denuntiatio) unterlassen hat §. 931 a. b. G. B. (Nach röm. Recht dagegen ist die litis denuntiatio in der Regel unerläßliche Bedingung des Eviktionsanspruchs, vgl. die Formel der duplae stipulatio bei Müller Lehre von der Eviktion §. 9 und Puchta Vorles. II S. 222. 223; a. A. jedoch wegen l. 53 §. 1 D. de evict. 21, 2 l. 29 §. 3 D. de leg. III Glück Bd XX §. 1124 Note 40. Dagegen gehört nach gemeinem Recht z. B. der Fall hieher, wenn zwei Obligationen auf eadem res neben einander bestehen und nur eine derselben direkt befriedigt worden ist, vgl. §. 117 Note 17; ferner der Fall der temporis exceptio u. s. f.) In allen diesen Fällen besteht die Obligatio, der Schuldner ist aber mittelbar liberirt (vgl. oben §. 73: mittelbar wirkende Erlöschungsgründe). — Wenn in den Fällen dieser oder der vorhergehenden Note der Schuldner die formell bestehende Obligatio aus Irrthum erfüllt, so kann er das Gezahlte zurückfordern mit der condictio indebiti l. 40 pr. D. de cond. ind. (12, 6) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. l. 26 §. 3 eod. Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit. l. 54 eod. l. 56 eod. l. 34 §. 11 D. de solut. (46, 3) l. 8 §. 3 D. ad Sc. Vellej. (16, 1) vgl. Erxleben Die condictio indebiti S. 92—94. (Mit dieser Condictio greift man die geschehene Zahlung, mit der in Note 24 erwähnten Anfechtungsklage die Obligatio selbst an.)

26) Das klägerische Recht ist an sich vorhanden, aber dieses Recht ist ein schlechtes ohnmächtiges Recht, weil es durch das entgegenstehende Recht des Beklagten aufgehoben und zerstört werden kann; das Forderungsrecht ist nicht nichtig (man kann nicht sagen, daß omnino non debeatur), aber es ist ohne praktischen Erfolg (jure valet, sed non habet effectum l. 53 cit.), die Obligatio besteht, aber

zerstören, gibt es peremtorische Einreden, welche bloß der **Klagbarkeit** des Anspruchs entgegenstehen: der Beklagte hat ein Recht dar=

---

der Verpflichtete braucht sie nicht zu erfüllen: in dieser Zerstörbarkeit, in dieser Möglichkeit der Infirmation (l. 112 D. de R. J.) liegt die Schlechtigkeit des klägerischen Forderungsrechts (vgl. jetzt auch **Arndts** Pandekt. 3. Aufl. §. 101 Anm. 1). Indem man die Verwirklichung dieser Möglichkeit anticipirt, indem man voraussetzt, daß der Beklagte von seinem Anfechtungs= und Entkräftungsrecht Gebrauch machen werde (cf. l. 26 § 3 l. 24 D. de cond. ind. 12, 6 l. 12 D. de novat. 46, 2), erscheint die Obligatio, zu deren Erfüllung der Beklagte nicht gezwungen werden kann, dem praktischen Erfolg nach so gut als gar keine (cf. l. 14 D. de compens. 16, 2 l. 3 §. 1 D. de pec. const. 13, 5 l. 14 pr. D. quod met. 4, 2 l. 7 §. 14 D. de reb. auctor. 42, 4), als quasi nulla (l. 7 §. 8 D. de dol. 4, 3 l. 25 D. de V.O. 45, 1), als inanis, inefficax, völlig kraftlos (l. 95 §. 2 D. de solut. 46, 3 l. 8 §. 9 D. ad Sc. Vellej. 16, 1 l. 24 D. mand. 17, 1 vgl. **Büchel** Civilrechtl. Erörter. II S. 34 fg., **Arndts** §. 217), gerade so wie eine Obligatio dem Effekt nach als nichtig (quasi nulla) erscheint, wenn der Schuldner insolvent ist (l. 6 D. de dol. 4, 3); in diesem Sinn hört derjenige dem Effekt nach auf Gläubiger zu sein, qui exceptione perpetua summoveri potest (l. 42 §. 1 D. de O. et A. 44, 7 l. 10 l. 55 D. de V. S.) und derjenige Schuldner zu sein, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem (d. h. eine Einrede, die nicht wieder durch Replikatio entkräftet werden kann, vgl. **Kierulff** I S. 185 Note***) l. 66 D. de R. J., da debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest l. 108 D. de V. S. Daher sagt §. 1424 a. b. G. B. geradezu, daß der Schuldner „das Gezahlte nur insoweit wieder zu zahlen verbunden sei, als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden (si nummi salvi sint l. 15 D. de solut. 46, 3) oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden sei" (in quantum locupletior factus est. l. 47 D. eod.); vgl. auch die Stellen in Note 2a und l. 20 §. 3 D. de liber. caus. (40, 12) Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non postest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum. — Aber auch hier macht sich der Umstand geltend (Note 6), daß wir h. z. T. nicht mehr das Recht an den Exceptionen, sondern die Exceptionen an den Rechten zu behandeln haben; während es in den röm. Quellen heißt, daß der Schuldner in Folge gewisser Umstände eine exceptio perpetua gewinnt und daß ein solcher Schuldner, der exceptionem perpetuam nactus est, im Fall irrthümlicher Zahlung zur condictio indebiti berechtigt ist, muß man h. z. T. sagen, daß der Schuldner in Folge gewisser Umstände die Berechtigung erlangt, die Obligatio nicht zu erfüllen und daß er diese Berechtigung nach Bedürfniß in Gestalt einer Exceptio geltend machen kann: nicht weil der Schuldner eine Exceptio hat, hat er die condictio indebiti, sondern weil er ein Recht auf Anfechtung und Entkräftung der Obligatio hat, hat er sowohl eine Exceptio als die condictio indebiti (vgl. auch l. 3 C. de cond. indeb. 4, 5): ein indebitum (eine Nichtschuld) ist vorhanden (cf. l. 26 §. 3 cit. 12, 6), wenn der Gläubiger gar kein Forderungsrecht oder ein schlechtes d. h. ein solches hat, dem ein zerstörendes Recht des Beklagten gegenübersteht (in diesem doppelten Sinn ist der Ausdruck „kein Recht" im §. 1431 a. b. G. B. zu verstehen): dieses schlechte (unwirksame, kraftlose) Recht kann aber zu einem guten (vollwirksamen, vollgültigen) werden, wenn das entgegenstehende Recht des Schuldners beseitigt ist z. B. durch Verzicht auf dasselbe, cf. l. 95 § 2 D. cit. (46, 3) — incipit obli–

auf, daß der rechtsbeständige Anspruch nicht mittelst Klage geltend gemacht werde[27].

IV. Die Exceptio ist ein Recht, welches der Beklagte im Weg der Vertheidigung geltend macht: dieses Recht muß daher diesem Beklagten gegen diesen Kläger zustehen[28]. Es gibt Exceptionsrechte[29], welche sich auf die bestimmte Person des ursprünglichen Beklagten beschränken (exceptiones personae cohaerentes)[30], oder nur gegen

---

gatio civilis auxilium exceptionis amittere l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) l. 12 D. de novat. (46, 2) l. 28 pr. D. de leg. I.

27) Hieher gehört der Fall eines auf immer geschlossenen pactum de non petendo in personam (l. 7 §. 8 l. 57 §. 1 D. de pact. 2, 14), welches sowohl über eine actio in personam als über eine actio in rem (l. 27 §. 8 D. cit.) eingegangen werden kann (vgl. über dieses pactum jetzt auch Brinz I §. 41); nach Art eines solchen pactum de non petendo in personam ist die Bestimmung des §. 894 a. b. G. B. in Verbindung mit §. 896 a. E. (vgl. §. 1363 a. b. G. B.) aufzufassen (vgl. auch Zeiller III S. 75. 78), nur daß „die Nachsicht oder Befreiung" auch dem Erben des paciscirenden Correalschuldners (also nicht bloß diesem, wie nach l. 40 pr. l. 57 §. 1 cit.) zu statten kommt, und auch gegen den Erben des Gläubigers geht, also nach dieser Seite in rem conceptum ist l. 57 §. 1 cit. (Es ist in dieser Beziehung nach österr. Recht ein Dreifaches möglich: der Gläubiger kann mit dem einen Correalschuldner ein pactum de non petendo der angegebenen Art abschließen; er kann diesen Schuldner gänzlich liberiren, indem er auf den diesen Schuldner treffenden Antheil verzichtet, vgl. Zeiller III S. 78; er kann endlich durch Vertrag mit dem einen Correalschuldner die ganze Obligatio aufheben; das Nähere im Obl. R.) Nach gemeinem Recht gehört auch der Fall des Sc. Macedonianum hieher l. 7 pr. §§. 7—10 l. 9 §. 4 l. 10 l. 11 D. de Sc. Maced. (14, 6) l. 40 pr. D. de cond. indeb. (12, 6) — Die meisten peremtorischen Einreden gehören der ersten Classe an, vgl. Wächter §. 69 Note 15.

28) Es bedarf also auch hier einer s. g. aktiven und passiven Sachlegitimation. Darauf beruht die bekannte Unzulässigkeit der s. g. exceptiones de jure tertii: ob aber der Beklagte nicht dennoch unter Umständen berechtigt sei, ein zunächst nicht ihm zustehendes Recht exceptionsweise geltend zu machen (vgl. z. B. §. 4 I. de replic. 4, 14 l. 21 §. 5 D. de pact. 2, 14 l. 5 pr. D. de lib. leg. 34, 3) kann unter Umständen Gegenstand schwieriger Untersuchung der faktischen (cf. l. 5 pr. cit.) oder rechtlichen Verhältnisse sein (z. B. in dem für das österr. Recht freilich unpraktischen Fall, daß der Gläubiger mit einem der Correalschuldner ein pactum de non petendo in rem geschlossen hat, vgl. Savigny Obl. R. I S. 176 fg. 172 fg.).

29) Über diese Unterscheidung der Exceptionen (l. 7 D. h. t. 44, 1) vgl. Franke im civil. Arch. Bd XVI S. 426 fg., Mühlenbruch Lehre von der Cession §§. 59. 60, Büchel Erörter. II S. 43 fg., Savigny V S. 177—179.

30) Von einer solchen Exceptio kann daher ein Anderer, als derjenige, dem sie ursprünglich zustand, nicht Gebrauch machen: diese Exceptionsrechte erscheinen wie privilegia personae (l. 63 §. 1 D. pro soc. 17, 2 l. 196 D. de R. J.) l. 7 pr.

den ursprünglichen Kläger (resp. nur gegen gewisse Rechtsnachfolger desselben) vorgeschützt werden können, also nur in personam gehen[31]. Dagegen gibt es Exceptionsrechte, welche in solcher Verbindung mit dem klagbaren Rechtsverhältniß stehen, daß sich jeder, der aus demselben belangt wird, ihrer bedienen kann[32] (exceptiones rei cohaerentes[33]), also nicht bloß der ursprünglich Verpflichtete, sondern auch dessen Rechtsnachfolger (Universal= oder Singularsuccessor) und in der Regel[34] auch der accessorisch Verpflichtete, und daß sie jedem ent=

D. h. t. (44, 1) Exceptiones, quae personae cohaerent, non transeunt ad alios. Hieher gehört vorzugsweise die s. g. Rechtswohlthat der Competenz (beneficium competentiae, vgl. darüber für das gemeine Recht Arndts §. 225, für das österr. Recht §§. 362. 364. 368 A. G. O. vgl. auch §§. 63. 178 der ungar. Conc. O. und Fischer §§. 106. 107): sie geht auf die Erben nicht über (l. 24 §. 1 l. 25 D. de re jud. 42, 1 l. 63 §. 2 D. pro soc. 17, 2), und auch der Bürge kann sich derselben (aus der Person des Hauptschuldners) nicht bedienen §. 1354 a. b. G. B. l. 24 pr. D. de re jud. (42, 1) l. 63 §. 1 D. pro soc. (17, 1) §. 4 I. de replic. 4, 14 (haec exceptio, nisi bonis cesserit, fidejussoribus non datur). Ebenso das pactum de non petendo in personam; Ausschluß der Erben: l. 40 pr. l. 57 §. 1 D. de pact. (2, 14), Ausschluß der Bürgen: l. 22 D. eod.

31) So geht z. B. das Exceptionsrecht aus dem auf Seite des Gläubigers in personam concipirten pactum de non petendo nicht gegen die Erben desselben l. 57 §. 1 cit.; auch das beneficium competentiae findet in manchen Fällen nur bestimmten Personen gegenüber statt; andere Beispiele beschränkter Wirksamkeit s. in l. 4 §§. 27. 29. 31 D. de dol. except. (44, 4); vgl. auch §. 82 der W. O.

32) l. 7 §. 1 D. h. t. (44, 1) Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competunt (l. 11 C. h. t. 8, 36 arg. a contrar. §. 1354 a. b. G. B.); l. 2 §. 2 D. dol. exc. (44, 4); so steht z. B. die exceptio rei venditae et traditae auch allen Successoren des Käufers zu l. 3 pr. D. h. t. (21, 3) Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam ejus et emtori secundo, etsi res non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi, secundo rem non evinci; vgl. ferner l. 9 §. 2 l. 11 §. 9 D. de exc. r. j. (44, 2) l. 5 §. 1 l. 12 D. de divers. tempor. praescr. (44, 3) l. 14 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

33) Das Exceptionsrecht erscheint hier als in Verbindung stehend mit dem die Klage begründenden Verhältniß, so daß wer in dieses Verhältniß tritt, auch jenes Recht erwirbt (vgl. oben §. 74 Note 10, unten §. 132 Note 101): diese Exceptionsrechte erscheinen als privilegia causae (l. 196 D. de R. J.). Im römischen Formularprozeß wurden diese Exceptionen (a reo) in rem (unpersönlich) concipirt (l. 2 §. 2 D. cit 44, 4), um zu bewirken, daß sich auch ein Anderer als der ursprünglich Exceptionsberechtigte ihrer bedienen könne (Keller Civilprozeß §. 87 Note 1095): man pflegt daher auch h. z. T. öfters (so z. B. Wächter II S. 512. 513) von diesen Exceptionen zu sagen, daß sie activ (auf Seite des Beklagten) in rem gehen.

34) cf. §. 4 I. de replic. (4, 14) l. 5 pr. D. de lib. leg. (34, 3) l. 51 pr.

gegenstehen, welcher den durch sie ausschließbaren oder beschränkbaren Anspruch erhebt: diese Exceptionen sind unbeschränkt, in rem, wirksam[35]. Für die Lösung der Frage, welche Exceptionsrechte der einen, welche der anderen Classe angehören, läßt sich keine durchgreifende Regel aufstellen: im Allgemeinen läßt sich nur soviel sagen, daß die Exceptionen regelmäßig in persönlicher Beziehung unbeschränkt sind.

V. Die Exceptio ist ein Angriff des Geklagten auf den Kläger: durch die Unselbständigkeit desselben (Gegenangriff)[36] und durch den Umstand, daß der Beklagte nur die (zeitweise oder definitive[36a]) Abweisung nicht die Verurtheilung des Klägers bezweckt, unterscheidet sich die Exceptio von der Klage. Im Übrigen erscheint der eine Einrede vorschützende Beklagte als Kläger (agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est l. 1 D. de except. 44, 1). Wie der Kläger sein Klagerecht, so muß der Beklagte sein Exceptionsrecht durch Zurückführung auf bestimmte Thatsachen

---

D. de procur. (3, 3) l. 9 §. 3 D. de Sc. Maced. (14, 6) l. 13 pr. D. de minor. (4, 4); im Einzelnen gibt es Schwierigkeiten vgl. vorläufig Vangerow III §. 578 Anm. 2.

35) So geht z. B. die exceptio rei venditae et traditae nicht nur gegen den Verkäufer, sondern auch gegen jeden Rechtsnachfolger desselben l. 3 §. 1 D. h. t. (21, 3) — venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint cf. l. 4 §. 33 D. de dol. exc. (44, 4); das Gleiche gilt von der exceptio rei judicatae l. 11 §§. 9. 10 D. h. t. (44, 2). — Manche Schriftsteller (so z. B. neuerlich wieder Haimerl a. a. O. 29. 30, Martin Vorles. I S. 492, Bayer Vortr. §. 197, Osterloh Lehrb. II S. 60 u. A.) nennen die unbeschränkt (in rem) wirkenden, also jedem Kläger gegenüberstehenden Einreden dingliche (reales), die beschränkt (in personam) wirkenden, also nur einem bestimmten Kläger entgegenstehenden Einreden persönliche (personales): diese Bezeichnung ist unpassend (vgl. dagegen auch Wächter II §. 69 Note 36), da sie auf der oft gerügten Verwechslung der Begriffe Absolutheit und Dinglichkeit beruht.

36) Mit dem Ausdruck „Gegenangriff" bezeichnen die heutigen Schriftsteller, insbesondere die Prozessualisten (vgl. z. B. Martin Lehrb. und Vorles. §. 85, Bayer Vort. §. 127, Osterloh Lehrb. II §. 187, vgl. auch Reinhold S. 199 fg.) jede selbständige Vertheidigung des Beklagten, also nicht bloß die technischen Exceptionen, sondern auch die Einreden im weiteren Sinn.

36a) Die zeitweilige (vorläufige, provisorische) Lossprechung des Beklagten in Folge dilatorischer Einrede nennt man wohl auch Instanzentbindung (absolutio ab instantia, relaxatio ab observatione judicii), die definitive Freisprechung des Beklagten in Folge peremtorischer Einreden vollständige Entbindung des Beklagten von der Klage (absolutio ab actione); vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Prozess. I §. 23 a. E., Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 14. 15. 166 fg., Pfeiffer Bd XI S. 134.

substantiiren[37], und es gelten, was diese Anführungsverbindlichkeit (den prozessualischen Exceptionsgrund, fundamentum excipiendi) betrifft, dieselben Grundsätze, welche für die Anführungsverbindlichkeit des Klägers gelten (§. 123)[38].

---

37) In diesem Sinn sind h. z. T. alle Exceptionen in factum concipirt (Vat. Fragm. §. 310 l. 2 §. 4 l. 4 §§. 8. 16. 32 D. de dol. exc. 44, 4 l. 14 l. 23 D. h. t. 44, 1), das heißt Einreden mit spezieller Bezeichnung der Thatsache, auf welche der Beklagte sein Befreiungsrecht stützt (vgl. Savigny V S. 170, Puchta Instit. II 4. Aufl. S. 164 fg., Keller Civilproz. S. 135. 136). Der Rechtssatz, dem die Klage zuwider ist, ist h. z. T. durchwegs in einer objektiven Rechtsvorschrift ausgesprochen: eine s. g. exceptio doli generalis s. praesentis in dem Sinn, daß es Sache des Richters wäre, den Beklagten zu absolviren, wenn und weil er nach seinem Ermessen findet, daß nach den vorliegenden Umständen der Kläger, indem er seinen Anspruch verfolge, unredlich (contra bonam fidem) handle (si in ea re nihil dolo malo actoris fiat Gaj. IV §. 119 l. 2 §. 5 D. de dol. exc. 44, 4 Keller Civilproz. §. 35, Puchta Institut. II S. 169 fg., Hänel im civil. Arch. Bd XII S. 419 fg.), gibt es h. z. T. sowenig nach österr. als nach gemeinem Recht (vgl. Hänel S. 430, Vangerow I §. 155 Anm. 2 a. E.). Versteht man dagegen unter der exceptio doli generalis ein Einrederecht, welches das objektive Recht aus Billigkeitsgründen gewährt (aequitatis causa l. 1 §. 1 D. de dol. exc. 44, 4 pr. I. h. t. 4, 13 Gaj. IV §. 116), also ein Exceptionsrecht, welches sich mittelbar auf einen im Gesetz anerkannten und zur Geltung gebrachten Äquitätsgrund stützt (l. 12 D. cit. 44, 4 Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est), dann fallen allerdings auch noch heutigen Tages die meisten (nicht alle) Einreden im technischen Sinn unter den Begriff der exceptio doli (generalis), sowohl nach gemeinem (Brinz I §. 40) als nach österr. Recht.

38) Die Regel Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt (l. 8 D. h. t. 44, 1 cf. l. 5 eod. l. 43 pr. D. de R. J.) gehört in das Prozeßrecht (vgl. Savigny V S. 264); ebenso die Regel Qui excipit, non fatetur (l. 9 D. h. t. 44, 1 c. 6 X de except. 2, 25 c. 63 in VI de R. J.), eine Regel übrigens, die für das österr. Recht (über das gemeine Recht vgl. Weber Beiträge zur Lehre von den Klagen und Einreden II S. 111 fg., Goldschmidt Über Litiscontest. und Einreden 1812 S. 66 fg., Gönner Handb. II Abh. 36, Linde Abhandl. I 1 §§. 5. 6) nicht gilt, weil im Fall, daß der Beklagte die Einlassung unterläßt und bloß Einreden (im weiteren oder engeren Sinn) vorschützt, nach österr. (wie nach sächsischem) Prozeßrecht (§§. 11. 29. 36 A. G. O. §. 22 C. P. O.) eine affirmative Litiscontestation angenommen wird, also die Folgen der Contumacia anders gestellt sind, als nach gemeinem Prozeßrecht (vgl. Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 116, Haimerl a. a. O. S. 36. 37; vgl. Guyet Das fingirte Geständniß im Civilprozeßrecht, im civil. Arch. Bd XL S. 145 fg.). Das Gleiche gilt von dem Begriff der prozeßhindernden Einreden (im weiteren und engeren Sinn), s. g. exceptiones litis ingressum impedientes (exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum), das heißt Einreden, welche den Beklagten (nach österr. Recht) von jeder Streiteinlassung befreien und ihn zum s. g. Rückerlag der Klage ermächtigen vgl. Hofdekret 15. Jänn. 1787 lit. aa, Wessely Handb. I Nr. 17, §. 15 prov. C. P. O. cf. c. 1 de lit. cont. in VI.

VI. Was die Verjährung[39] der Einreden im engeren Sinn, der technischen Exceptionen[40], betrifft, so sind die zwei Fälle zu unterscheiden, daß eine Exceptio ohne Klage existirt und daß Klage und Exceptio neben einander bestehen. Im ersten Fall kann der Beklagte seinen Anspruch nur in Gestalt einer Exceptio geltend machen. Da das Vorbringen solcher Exceptionen durch die Anstellung der Klage bedingt ist und daher nicht von dem Exceptionsberechtigten abhängt,

---

(2, 3); über den Begriff und Umfang der prozeßhindernden Einreden vgl. für das gemeine Prozeßrecht Goldschmidt Abhandl. aus dem gem. deutschen Civilproz. (1818) Nr. II S. 11 fg., Gesterding a. a. O. Bd III S. 93 fg., Albrecht Exceptionen S. 120 fg., Bayer Vortr. §. 202, Osterloh Lehrb. II § 195, für das österr. Prozeßrecht Haimerl in der angef. Abh. S 34. 35, Schuster Civilproz. S. 106 fg. (verfehlt ist die Darstellung von Beidtel Gerichtl. Verfahr. I S. 168).

39) Vgl. Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd III Nr. 3 S. 73 fg. Bd VII Nr. 9 S. 313 fg., Unterholzner II §§. 156—159, Savigny V §§. 253—255 (Sommer's Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 1818, worin nach dem Ausspruch Unterholzner's §. 158 Note 511 „ein recht gründlicher Aufsatz über die Verjährbarkeit der Einreden vorkommt", sind mir erst während des Druckes zugekommen.) — Von der Verjährung der Einreden ist der Verlust der Einreden (im weiteren und engeren Sinn) durch Verspätung ihres Vorbringens im Prozeß (Präclusion) wohl zu unterscheiden.

40) Daß die Einreden im weiteren Sinn (z. B. die s. g. exceptio solutionis oder minorennitatis) nicht verjähren, versteht sich von selbst: ihre Verjährung wäre gleichbedeutend mit dem Wiederaufleben des erloschenen Rechts oder dem Hinterdreinentstehen des an der ursprünglichen Entstehung verhinderten Rechts (vgl. Unterholzner II §. 157). Auf die Einreden im weiteren Sinn paßt nicht nur die Motivirung der Unverjährbarkeit in der l. 5 §. 6 D. de dol. mal. exc. (44, 4), sondern es fehlt hier auch gänzlich an einem Anspruch, welcher verjähren könnte, da die Einreden im weiteren Sinn eben keine selbständigen Rechte des Beklagten sind. Anders verhält es sich jedoch mit jener Classe von Einreden im weiteren Sinn, welche die bedingt ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe bilden (oben §. 124 a. E.). Da diese Einreden als ein dem Beklagten zustehendes Recht erscheinen (§. 124 Note 31), so gilt in Ansehung ihrer Verjährbarkeit dasselbe, was für die technischen Einreden gilt: wenn mit einer solchen Einrede zugleich eine Klage zur Erreichung desselben Zwecks concurrirt, so verjährt mit dem Klagerecht auch zugleich das Einrederecht, da der Anspruch selbst durch Verjährung erloschen ist. So verjährt z. B. in drei Jahren das „Recht auf Aufhebung" (Nullitätserklärung) eines Vertrags wegen Zwangs oder Irrthums §§. 877. 1487 a. b. G. B. (vgl. oben §. 80 Note 17 §. 91 Note 47), so daß nicht bloß die Nullitätsquerel, sondern auch die Nullitätseinrede verloren ist. (Über die eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Verjährung des Rechts, „eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen", §. 1487 a. b. G. B., kann das Nähere erst im Erbrecht gegeben werden.)

so kann ihm die Unthätigkeit nicht zur Last gelegt werden, da es ganz in der Willkür des Gegners steht, die Klage zu erheben, oder deren Anstellung zu unterlassen. Auf Exceptionen dieser Art findet die Verjährung, welche doch immer eine Strafe der Nachlässigkeit enthält, unzweifelhaft keine Anwendung (haec exceptio sc. doli perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur l. 5 §. 6 D. de dol. mal. except. 44, 4[41]). Wenn Klage und Einrede dem Berechtigten zustehen und es verschiedene Ansprüche sind, welche mit ihnen geltend gemacht werden, so übt das Schicksal der Klage auf daß der Einrede keinen Einfluß, und die Einrede ist unverjährbar[42]. Besteht aber zwischen Klagrecht und Einrederecht eine Concurrenz (in dem oben §. 117 entwickelten Sinn), bestehen also Exceptionsrecht und Klagrecht auf Dasselbe gehend nebeneinander, so erscheinen Beide im Wesentlichen als Mittel zur Erreichung desselben Zwecks, indem es ein und derselbe Rechtsanspruch ist, welcher sich in Gestalt der Klage oder der Einrede (per modum actionis vel exceptionis) zur Geltung bringt[42a]. Die Lösung der Frage, ob Einreden dieser Art (mit einer Klage con-

41) Über diese Stelle vgl. Unterholzner II S. 23. (Die Erklärung, welche Savigny §. 254 Note h und S. 429 fg, dem Schirmer Note* zu Unterholzner a. a. O. beistimmt, von dieser Stelle gibt, scheint mir nicht richtig zu sein vgl. Note 45.) Fälle dieser Art sind die exceptio rei judicatae, wenn z. B. der abgewiesene Eigenthümer nach dreißig Jahren die abgeurtheilte Eigenthumsklage von neuem erhebt (l. 15 D. de exc. r. j. 44, 2), die exceptio rei venditae et traditae, wenn z. B. der veräußernde Nichteigenthümer nach dreißig Jahren das Eigenthum der veräußerten Sache erwirbt und nunmehr mit der Vindikation gegen den Käufer oder dessen Successor auftritt, ferner die exceptio pacti de non petendo, nach gemeinem Recht die exceptio temporis u. s. f.

42) So kann z. B. das dingliche Recht des Emphyteuta u. s. f. nach Bedürfniß in Gestalt einer Klage oder Einrede geltend gemacht werden (l. 1 §. 4 de superf. 43, 18), es geht aber die Klage auf Restitution, die Einrede auf Behalten der Sache, daher die Einrede unverjährbar ist, vgl. Note 45.

42a) Der Unterschied dieser Concurrenz von der Klagenconcurrenz besteht darin, daß während in beiden Fällen die Rechtsmittel auf denselben juristischen Gegenstand gerichtet sind, bei der Klagenconcurrenz formell mehrere Ansprüche auf Ein und Dasselbe vorhanden sind (oben §. 117 Note 11) während in dem Fall der Concurrenz von Klage und Einrede materiell und formell nur Ein Anspruch vorhanden ist, der aber auf verschiedene Weise, durch Klage oder Einrede, geltend gemacht werden kann.

currirende Einreden[43]) verjährbar seien oder nicht, hängt davon ab, welche Wirkung die Klagverjährung hat[44]: geht mit der Verjährung des Klagrechts nicht bloß die Klagbarkeit des Anspruchs sondern der Anspruch selbst unter, so muß mit dem Klagrecht auch das Einrederecht verjähren, da der einmal erloschene Anspruch in keiner Gestalt mehr geltend gemacht werden kann[45]. Da nun die Klagverjährung nach

---

43) Man pflegt diese Einreden, zum Unterschied von den Einreden der ersten hier erwähnten Classe (den s. g. reinen Einrederechten) abgeleitete Einrederechte zu nennen, so z. B. Unterholzner II §. 156 fg., Heimbach im R. L. III S. 700 fg. Diese Bezeichnung ist nicht nur unpassend, da das Einrederecht nicht „aus einem vorhandenen Klagerecht" als solchem abgeleitet ist (vielmehr entspringen beide, Klage und Einrede, aus demselben Recht), sondern irrelevant, da das entscheidende Verhältniß nicht das der angeblichen Ableitung, sondern das des gleichzeitigen Nebeneinanderbestehens, der Concurrenz von Klage und Einrede ist; vgl. Brinz I S. 171.

44) Diesen Zusammenhang stellt Savigny S. 424 fg. (dem Puchta Pandekt. §. 95 Vorles. I S. 217 und Seuffert I §. 33 folgen) in Abrede, indem er meint, daß „man die bisher vorhandene Exception auch als ein selbständiges Recht, unabhängig von der daneben stehenden Klage betrachten könne, in welchem Fall die verschiedenen Meinungen über die Wirkung der Klagverjährung darauf gar keinen Einfluß haben". Allein diese Ansicht, welche Savigny S. 428. 429 auch nicht consequent durchführt, ist wohl unrichtig (vgl. dagegen insbesondere Sintenis Gem. Civilr. I §. 32 Note 39). Allerdings ist das Einrederecht ein selbständiges Recht; allein wenn dieses Einrederecht denselben Inhalt und Gegenstand hat wie das daneben bestehende selbständige Klagerecht, dann muß der Untergang des Rechts, welches mittelst Klage hätte geltend gemacht werden können, nothwendig auch den Untergang des Einrederechts zur Folge haben, da Actio und Exceptio nur verschiedene Gestalten des Rechtes selbst sind. Wenn Savigny S. 420 die Concurrenz von Klage und Einrede nur eine scheinbare nennt, „da die angebliche Identität des Zwecks nur ungefähr wahr sei, indem die wahre juristische Wirkung bei der Klage in Verurtheilung des Gegners, bei der Exception in meiner eigenen Freisprechung, also in zwei juristisch ganz verschiedenen Ereignissen bestehe", so nimmt er die „wahre juristische Wirkung" und den „eigentlichen Zweck" der Klage und Exceptio in einer rein äußerlichen Weise, gegen die er selbst sonst protestirt (System VI §. 291), und von der er auch in der Lehre von der Klagenconcurrenz nicht ausgeht (System V §. 231). — Der Zusammenhang der Verjährbarkeit der Einreden mit der Wirkung der Klagenverjährung wird anerkannt von Unterholzner II §§. 158. 159, Sintenis a. a. O. Kierulff I S. 210—214, Arndts §. 111.

45) Die Untersuchung hat sich daher immer darauf zu erstrecken, ob Klage und Einrede auf dasselbe juristische Objekt gehen oder nicht, ob mit ihnen derselbe Anspruch realisirt wird oder nicht, m. a. W. ob zwischen ihnen ein Concurrenzverhältniß besteht oder nicht: im ersten Fall ist die Einrede verjährbar, im zweiten unverjährbar (vgl. Büchel Civilrechtl. Erörter. I S. 8 fg. 90 fg. insbes. S. 99 fg.). So ist z. B. im gemeinen Recht die actio doli (resp. in factum l. 28 l. 29 D. de

österreichischem Recht unzweifelhaft eine Verjährung des klagbaren Anspruchs selbst ist (oben §. 122), so gilt für das österreichische Recht die Regel, daß mit der Klage zugleich die zur Realisirung desselben Anspruchs dienende (concurrirende) Einrede verjähre, daß also aus verjährten Rechten und Ansprüchen nicht excipirt werden könne[46]: tant dure l'action, tant dure l'exception[46a].

---

dolo 4, 3) auf Restitution durch den Gegner (resp. auf Herausgabe der Bereicherung) gerichtet, während die exceptio doli auf Nichtgeltendmachung der durch Dolus erzeugten Obligatio gerichtet ist (vgl. Windscheid Die Actio §. 8 Note 5): die exceptio doli ist daher unverjährbar l. 5 §. 6 D. cit. 44, 4. (Es ist wohl unrichtig, wenn Savigny S. 430. 431 und Schirmer Note* zu Unterholzner II §. 157 in diesem Fall von einer Einrede sprechen, „neben der ein analoges Klagerecht existire", die „gerade so weit gehe" wie die Klage: Klage und Einrede gehen hier vielmehr auf ganz Verschiedenes.) Ebenso wenig concurriren actio quod metus causa und exceptio metus im Fall einer erzwungenen Stipulatio (l. 9 §. 3 D. quod met. 4, 2): erstere geht auf Acceptilatio, letztere auf Nichtgeltendmachung der an sich bestehenden Obligatio. Das Gleiche gilt im Fall der l. 3 §. 3 D. de liber. leg. (34, 3), und wenn jemand indebite promittirt hat: die condictio sine causa geht auf Liberirung (Acceptilation, Rückstellung des Schuldscheins u. s. f. l. 1 pr. l. 3 D. de cond. s. c. 12, 7 l. 31 D. de cond. indeb. 12, 6), die exceptio doli auf Nichtgeltendmachung der formell bestehenden Obligatio (l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19, 1 l. 3 C. de cond. indeb. 4, 5), so daß Klage und Einrede auf etwas Anderes gerichtet sind.

46) So geht nach österr. Recht (§. 1487 a. b. G. B.) durch den Ablauf von drei Jahren das „Recht eine Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu widerrufen, einen entgeltlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben oder die vorgenommene Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes zu bestreiten", unter: es erlischt also das Anfechtungsrecht, der Rescissionsanspruch selbst, und kann daher nach Ablauf dieser Zeit weder in Gestalt einer Klage, noch in Gestalt einer Einrede geltend gemacht werden. Ebenso wenig kann nach Verjährung der Contraktsklage (z. B. der actio emti) die Gegenforderung in Gestalt der exceptio non impleti contractus geltend gemacht werden, da mit der Einrede derselbe Anspruch geltend gemacht würde, welcher durch die Klagverjährung bereits erloschen ist (vgl. Unterholzner §. 159 Nr. 2, vgl. auch Büchel S. 103; a. A. natürlich Savigny S. 421; unrichtig Sintenis S. 325 in der Note und ebenso m. E. die Bemerkung von Schirmer S. 28 Note**). Ebenso geht mit der Verjährung der Klage auf Restitution wegen physischer Mängel (actio redhibitoria) die Einrede (exceptio redhibitoria) unter (§. 933 a. b. G. B. l. 59 pr. §. 1 D. de aedil. ed. 21, 1), da beide Rechtsmittel auf Ein und Dasselbe (Redhibition der Sache, Rescission des Kaufgeschäfts) gehen, somit concurriren (vgl. Unterholzner §. 159 Nr. 3, Brinz I S. 171, Büchel S. 90 fg., Sommer S. 49 a. A. Savigny S. 422; mit Unrecht verweist Sintenis S. 375 in der Note auf l. 13 pr. D. de A. E. V., vgl. Schirmer a. a. O.). (Nach röm. und gemeinem Recht gehört aber wohl auch der Fall der Inofficiositätsquerel hieher: mit Ablauf der Verjährungszeit ist der Anspruch auf Rescission des Testaments verloren und kann daher auch nicht mehr in Gestalt einer Einrede geltend

III. Die Unterstützung von Angriff und Vertheidigung.

Die Repliken, Dupliken, Tripliken[1].

§. 126. Gegen die in selbständigen Behauptungen bestehende Vertheidigung des Beklagten, also gegen dessen Gegenangriff (Einreden im weitern und engeren Sinn)[2], kann sich der Kläger ebenso vertheidigen, wie der Beklagte gegen die Klage[3]. Er kann somit zur Unterstützung seines Angriffs, um dem erhobenen Klaganspruch die gewünschte Anerkennung und Realisirung zu verschaffen, das (faktische oder rechtliche) Fundament der Einreden läugnen und seinerseits selbständige Behauptungen gegen die Einreden, Repliken (im weiteren Sinn) vorbringen. Nur diese letztere Art der Vertheidigung bedarf einer spezielleren Ausführung.

Repliken (im weiteren Sinn) sind selbständige Behauptungen des Klägers, womit er den (möglicherweise) an sich begründeten Einredebehauptungen gegenüber seinen Klaganspruch zu rechtfertigen sucht[4]. Die Repliken sind also weder Leugnen der Einredethatsachen,

---

gemacht werden cf. l. 8 §. 13 D. de inoff. test. 5, 2 vgl. Büchel S. 118. 119, Sommer S. 43 fg.)

46a) Die entgegengesetzte Regel drückt die Parömie aus: Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. — Daß in den Fällen des §. 1487 a. b. G. B. mit der Klage zugleich die Einrede verjähre, nehmen fast alle unsere Schriftsteller an, vgl. z. B. Zeiller IV S. 270, Pachmann Verjähr. §. 22 Note 11, Stubenrauch III S. 729; a. A. Pratobevera Mater. Bd VI S. 133 fg.

1) Vgl. Savigny V §. 229, Puchta Institut. II S. 172—174, Helmolt Verhältniß der Exrept. §§. 17. 26 Nr. 7, Wetzell System I §. 18 (Heimbach im R. L. IX S. 282—284 gibt einen kurzen Auszug aus Savigny's Darstellung).

2) Daß der Kläger in der Replik (Note 3) gegenüber der rechtlichen Gegendeduktion des Beklagten durch eine (neue) Rechtsdeduktion seinen Klaganspruch bekräftigen kann, und daß im Fall des Leugnens der Klagthatsachen die Rechtfertigung des Anspruchs nur durch den Beweis der in Abrede gestellten Thatsachen geführt werden kann, versteht sich von selbst; vgl. hierüber und über anderes in's Prozeßrecht Gehörige Bayer Vortr. §. 213.

3) Im heutigen Prozeß (vgl. §§. 2. 9. 43 fg. A. G. O. §§. 17. 56 fg. prov. C. P. O.) nennt man diesen Vortrag des Klägers Replik, Replikschrift, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob sich Repliken in demselben befinden oder nicht; vgl. Savigny S. 195. 196, Bayer S. 664. — In's Prozeßrecht gehört die Erörterung der prozessualischen Einrichtung der Replikschrift, vgl. die detaillirte Erörterung bei Schmid Handb. II §. 104.

4) In prozessualischer Beziehung lassen sich die Repliken auffassen als selbständige thatsächliche Behauptungen des Klägers, welche mit der Wahrheit der Einredethatsachen verträglich sind, dennoch aber das auf diese Thatsachen gestützte Einredebegehren zu elidiren suchen.

noch bloße rechtliche Gegendeduktionen, sondern sie verhalten sich zum Gegenangriff wie die Einreden zum Angriff: sie sind selbst nichts anderes als Einreden, Gegeneinreden. Gleich den Einreden sind auch die Repliken von doppelter Art: es gibt Repliken (Gegeneinreden) im weiteren Sinn und Repliken im technischen Sinn (Replicationen, replicationes). Die Gegeneinreden, wodurch der Einrede des Beklagten ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe (rechtshindernde[5] oder rechtsvernichtende Thatsachen) entgegengesetzt werden, bilden die Repliken im weiteren Sinn. Die Repliken, wodurch der Kläger das an sich begründete Exceptionsrecht (die Einreden im technischen Sinn) zu entkräften und unwirksam zu machen sucht, sind die Repliken im technischen Sinn, welche also Exceptionen gegen die Exceptionen des Beklagten, technische Einreden zu Gunsten des Klägers sind (l. 2 §. 1 D. de except. 44, 1 Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt l. 22 §. 1 eod. Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio)[6]. Die Thatsachen, welche den Stoff für die technischen Exceptionen liefern, können auch die Grundlage für die technischen Replicationen abgeben, wenn die prozessualische Lage darnach beschaffen ist[7]. Nur der

5) Unter den rechtshindernden Thatsachen sind hier alle Thatsachen zu verstehen, welche die Rechtswirkung einer anderen juristischen Thatsachen paralysiren, also nicht bloß jene, welche die Wirkung einer rechtserzeugenden Thatsache (die Rechtsentstehung) hindern, sondern auch jene, welche die Wirkung einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache ausschließen, so daß die Wirkung der rechtserzeugenden Thatsache in Kraft bleibt (vgl. Reinhold Beitr. S. 29. 30).

6) Wie die Exceptio dem Klagrecht, so steht die Replicatio dem Exceptionsrecht gegenüber: l. 1 §. 2 D. cit. (44, 1) — exceptio actorem excludit, replicatio reum. l. 10 C. h. t. (8, 36) Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habeant, muniant. Die replicatio wurde im röm. Formularprozeß auch der formellen Behandlung nach der exceptio gleichgehalten; nur erhielt der Zusatz, mittelst dessen die replicatio der Formel eingefügt wurde, nicht eine negative Fassung wie die exceptio, sondern, da sie selbst wieder eine negative Bedingung der exceptio, also eine positive Bedingung der Condemnatio bildete, in der Regel (über Ausnahmen vgl. Rudorff Note bb zu Puchta a. a. O.), eine affirmative Fassung vgl. Keller Lit. Contest. §. 42 Note 9 Civilproz. §. 37, Savigny S. 191.

7) cf. l. 10 C. cit. (Note 6). So kann z. B. die exceptio rei judicatae als Replicatio (oder Duplicatio) auftreten l. 24 D. de exc. r. j. 44, 2 (vgl. Keller Civilproz. S. 150 und Savigny VI S. 416); ebenso kann die Verletzung über die Hälfte (nach gemeinem Recht auch der Dolus l. 6 C. h. t. 8, 36) in Gestalt einer replicatio gegenüber der exceptio rei venditae et traditae geltend gemacht werden, welche der Beklagte der Vindikationsklage entgegengestellt hat, ebenso

technischen Einrede kann eine technische Replik entgegengestellt werden, da durch das Replicationsrecht ein Exceptionsrecht entkräftet werden soll (Gaj. IV §. 126 — per eam sc. replicationem replicatur atque resolvitur jus exceptionis. pr. I. de replic. 4, 14 l. 2 §. 1 D. h. t. 44, 1 — Semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet)[8]. Einreden im weiteren Sinn[9] können nur Repliken im weiteren Sinn gegenüberstehen[10], welche aber natürlich auch gegen technische Exceptionen zustehen können[11].

---

die Richtigkeit der Veräußerung gegenüber der exceptio rei venditae et traditae l. 1 §. 5 D. de exc. rei vend. (21, 3) — nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur. vgl. Vangerow I S. 630 (cf. l. 32 §. 2 D. ad Sc. Vellj. 16, 1 und Keller Civilproz. S. 149); deßgleichen kann der exceptio dominii gegenüber der Publiciana (l. 16 l. 17. D. de P. A. 6, 2) die replicatio rei venditae et traditae entgegengestellt werden u. s. f.

8) Beispiele in Note 7; vgl. auch Gaj. IV §. 126. 126a und pr. I. de repl. (4, 14) l. 27 §. 2 D. de pact. 2, 14 (replicatio pacti de petendo gegenüber der exceptio pacti de non petendo).

9) Eine Ausnahme machen auch in dieser Beziehung die zwitterhaften bedingt ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe; so kann z. B. der Compensationseinrede (§. 1438 a. b. G. B.) oder der Einrede der relativen Nullität (§. 877 a. b. G. B.) die replicatio rei judicatae entgegenstellt werden.

10) So kann z. B. der Kläger auf die Einrede der Trunkenheit damit repliciren, daß sich Beklagter selbst in diesen Zustand versetzt habe (§. 1307 a. b. G. B.); auf die Einrede des Zufalls (1298 a. b. G. B.), daß er ein c. g. mixtus, d. h. dem Beklagten imputabler sei (vgl. §§. 965. 979 a. b. G. B.); die Berufung des Beklagten auf den Wahnsinn wird unwirksam gemacht durch die Berufung auf ein dilucidum intervallum (§. 1310 a. b. G. B.), die Berufung auf Minderjährigkeit durch die Berufung auf die Zuziehung des Vormunds (cf. l. 13 §. 2 D. de P. A. 6, 2 und Bethmann Vers. S. 364. 365) oder die erlangte venia aetatis, die Berufung auf die Zahlung durch Berufung auf §. 234 oder §. 1424 a. b. B. B., die Berufung auf die Ersitzung oder Verjährung durch Berufung auf Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe u. s. f. In diesen Fällen bilden rechthindernde Thatsachen (Note 5), als Ausnahmen von der Ausnahme, worauf sich der Beklagte beruft (§. 124 Note 23. 24), den Stoff der Replik im weiteren Sinn; ebenso wenn der Kläger Thatsachen anführt, welche die Entstehung des in der Einrede behaupteten Rechts (z. B. der Gegenforderung) gehindert haben. Den Stoff der Repliken im weiteren Sinn können aber auch rechtsvernichtende Thatsachen bilden z. B. die Tilgung der Gegenforderung, die Verjährung des Rechts auf Nullitätserklärung. Dagegen eignen sich zur Replik jene Thatsachen nicht, wodurch nicht das ursprüngliche Recht erhalten, sondern vielmehr ein neues Recht, wenngleich desselben Inhalts, begründet wird (vgl. oben §. 73), da durch Anführung solcher Thatsachen nicht der ursprüngliche Klaganspruch unterstützt, sondern vielmehr ein anderer Anspruch geltend gemacht wird (cf. l. 10 C. h. t. 8, 36 Rudorff Note cc zu Puchta a. a. O., vgl. ferner Helmolt S. 211 fg., Wetzell §. 18 Nr. 1): doch nimmt es die Praxis in jenen Fällen, in welchen das neue Rechtsverhältniß mit dem alten vollkommen iden-

Wie der Kläger seinen Angriff, so kann der Beklagte seinen Gegenangriff gegen die Vertheidigung des Klägers in einem neuen Vortrag [11a] unterstützen. Auch in diesem Vortrag sind die selbständigen Behauptungen des Beklagten (Dupliken im weiteren Sinn) von dem bloßen Läugnen der Replikthatsachen zu unterscheiden; und auch diese Dupliken sind doppelter Art, Dupliken im weiteren Sinn und Dupliken im engeren Sinn (Duplicationen, duplicationes) d. i. (technische) Exceptionen gegen die (technischen) Replicationen [12].

Auf die Dupliken können Tripliken (im weiteren und engeren Sinn [13]) u. s. w. folgen [14], dafern nicht die Prozeßgesetze dem weiteren Vorbringen eine Grenze setzen (§§. 2. 55—57 A. G. O. §§. 9. 20 prov. C. P. O.) [15].

---

tisch ist (vgl. oben §. 73 Note 8 §. 92 Nr. 1), hiemit nicht genau, und läßt (wohl mit Recht) statt Anordnung eines neuen Verfahrens (§. 49 A. G. O. §. 18 prov. C. P. O.) das bisherige fortsetzen vgl. Bayer Vortr. S. 666 u. oben §. 124 Note 21.

11) So kann z. B. der Kläger gegen die exceptio dominii (l. 16. 17 D. de P. A. 6, 2) damit repliciren, daß er Thatsachen anführt, welche die Entstehung des Eigenthumsrechts verhindert oder das entstandene Recht wieder vernichtet haben; gegen das pactum de non petendo kann der Kläger Handlungsunfähigkeit zur Zeit der Abschließung desselben, gegen die Einreden aus einem obligatorischen oder dinglichen Recht gegenüber der Vindikationsklage (l. 9 D. de R. V.) die Erlöschung dieser Rechtsverhältnisse replicando einwenden u. s. f.

11a) Dieser Vortrag wird in seiner Totalität Duplik, Duplikschrift genannt (§§. 10. 50 fg. A. G. O. §§. 19. 56 fg. prov. C. P. O.); über diese Bezeichnung vgl. Savigny S. 195. 196; über die prozessualische Einrichtung der Replikschrift vgl. Schmidt Handb. II §. 106.

12) Gaj. IV §. 127 Interdum autem evenit ut rursus replicatio, quae prima facie justa sit, inique reo noceat; quod cum accidat, adjectione opus est adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur. §. 1 I de repl. (4, 14). Beispiele: Darleihensklage; Beklagter schützt die Einrede der Zahlung vor; Kläger replicirt mit der Minderjährigkeit zur Zeit der Zahlung (§§. 234. 1424 a. b. G. B.); Beklagter duplicirt, Kläger habe die veniam aetatis damals schon erlangt, oder die Zahlung sei an den Vormund mit obrigkeitlicher Genehmigung geleistet worden (Duplik im weiteren Sinn), oder das bezahlte Geld sei noch vorhanden resp. in den Nutzen des Klägers verwendet worden (Duplik im technischen Sinn, duplicatio cf. l. 12 D. de solut. 46, 3); andere Beispiele sammt Formel s. bei Keller Civilproz. §. 37.

13) Gaj. IV §. 128 §. 2 I. cit. Über den verschiedenen Sprachgebrauch von duplicatio und triplicatio cf. l. 7 §§. 1. 2 D. de cur. fur. 27, 10 (vgl. zu l. 7 §. 2 cit. Keller Litis Cont. S. 335 fg.) vgl. Savigny S. 192. 193, Puchta Instit. II §. 170 Note ee.

14) Gaj. IV §. 129 §. 3 I. cit. l. 2 §. 3 D. de except. (44, 1).

15) Vgl. Bayer Vortr. §. 217 Nr. II, Schmid Handb. II §. 108.

B. Der Einfluß des begonnenen Rechtsstreits auf das materielle Recht*.

I. Der Beginn des Rechtsstreits. Das Streitverhältniß unter den Parteien. Die Prozeßobligatio.

§. 127. I. Streit ist überhaupt erst dann vorhanden, wenn widersprechende Behauptungen und Ansprüche einander gegenüber stehen: der gerichtliche Rechtsstreit ist daher erst dann ein reell daseiender, wenn eine Partei einen Klaganspruch erhoben hat und die andere Partei die Anerkennung dieses Anspruchs verweigert. Die prozessualischen Akte, durch welche der Rechtsstreit in's wirkliche Dasein tritt, bilden den Beginn des Rechtsstreits, die Einleitung des Prozesses. Im heutigen Recht[1] constituiren folgende drei Prozeßakte[2] den Beginn des Rechtsstreits (die Prozeßeinleitung in diesem Sinn):

1) Die Anstellung (Anbringung, Erhebung, Einbringung, Einlegung, Einreichung) der Klage vor dem zuständigen Gericht (§§. 1. 2. 48 J. R. v. 20. Nov. 1852 §§. 20. 40 A. G. O. §§. 2. 14. 33. 47. 54. 55. 91 prov. C. P. O.): der Prozeß fängt mit dem schriftlichen oder mündlichen Anbringen der Klage (§§. 15. 17. 18 A. G. O. §§. 5. 32 fg. prov. C. P. O.) vor dem ordentlichen

---

*) Über den Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht vgl. Keller Über Litiscontestation und Urtheil nach classischem röm. Recht (1827), Wächter Erörter. Heft III (1846) „Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht" Nr. XII. XIII. (vgl. Handb. II §. 71), Buchka Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß 2 Thle (1846. 1847), Savigny System Bd VI (1846) §§. 246—279. Vgl. auch Sintenis Erläuter. zu verschiedenen Lehren des Civilprozesses Hft I Nr. IV „Von der Litiscontestation des neueren Rechts und den Wirkungen der ersten Handlungen der Parteien und des Richters nach heutigem Prozeßrecht" S. 90—210), vgl. auch dessen prakt. gem. Civilr. I §. 33. (Die Abhandlung von Roßhirt Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht 1848 scheint mir verworren und verwirrend. — Über das preußische Recht vgl. Koch Preuß. Civilproz. I §§. 172. 179, Förster Klage u. Einrede §§. 30—37.)

1) Über die Einleitung des Prozesses im älteren röm. Recht vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. Bd I §. 21, Keller Der röm. Civilproz. §. 46—48, im justinian. Recht Bethmann a. a. O. §. 22, Wächter Erörter. Hft II Nr. VIII.

2) Verschieden von den Prozeßakten als den einzelnen Prozeßhandlungen der Parteien oder des Gerichts, und den Prozeßstadien als den Stufen des Prozeßganges sind die Prozeßabschnitte, als die Theile, in welche das gerichtliche Verfahren zerfällt (Erkenntnißverfahren, Vollziehungsverfahren — erstes Verfahren, Beweisverfahren) vgl. Bayer Vorträge §. 161.

Richter an[3]. („Wo kein Kläger, da ist auch kein Richter" §. 1 A. G. O. §. 1 prov. C. P. O.)

2) Die Mittheilung (Zustellung, Insinuation) der Klage an den Beklagten durch das Gericht mit dem Auftrag (Bescheid), an einem bestimmten Termin zur mündlichen Verhandlung (Tagsatzung) zu erscheinen (§§. 18. 19 A. G. O. §. 36 prov. C. P. O.), oder innerhalb einer gewissen Frist die Klage schriftlich zu beantworten (die Einrede zu erstatten §§. 34. 35 A. G. O. §. 51 fg. prov. C. P. O.). Wenn man von der Ladung (Citation) des Beklagten spricht, so versteht man darunter nicht den Zeitpunkt, in welchem das Gericht die Ladung beschließt[3a], sondern den Moment, in welchem der Beklagte die vom Gericht beschlossene Ladung erfährt, ihm also das erste prozeßleitende Dekret behändigt wird[4].

3) Die Litiscontestation (Einlassung in den Streit, Einlassung auf die Klage, Streitbefestigung, Kriegsbefestigung). Der gerichtliche Rechtsstreit tritt erst dann in's Leben, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers überhaupt nicht anerkennt oder ihn doch nicht seinem ganzen Inhalt nach zugibt, also demselben als

---

3) Über die Klaganstellung in prozessualischer Beziehung vgl. Österloh Lehrb. II §. 182. — Bei der Wichtigkeit, welche die Klageanstellung auch für das materielle Recht hat (folg. §. Nr. I), ist dafür gesorgt, daß der Zeitpunkt der Klagerhebung in glaubwürdiger Weise festgestellt wird. (Es wird im Einreichungsprotokoll auf der schriftlich angebrachten Klage oder auf dem vom Gericht aufgenommenen Protokoll über die mündlich angebrachte Klage der betreffende Tag, s. g. Präsentationstag, angemerkt §§. 115. 117. 245 des Pat. 3. Mai 1853.) — Manche gemeinrechtliche Civilrechtsschriftsteller (z. B. Savigny V S. 316 fg. Windscheid Die Actio S. 67 u. A.) verstehen unter Anstellung (Erhebung) der Klage die Einreichung und Mittheilung der Klagschrift.

3a) Über das erste richterliche Dekret auf die Klage vgl. Bayer Vortr. §§. 172. 173, Österloh Lehrb. II §. 185; vgl. auch Bethmann Handb. I S. 255. 256.

4) Auch hier ist dafür gesorgt, daß die für das materielle Recht so wichtige Thatsache und Zeit der geschehenen Klagzustellung sichergestellt werde. (Der Tag der geschehenen Zustellung wird vom Gerichts- [Amts-] Diener auf der zugestellten Schrift angemerkt, §. 395 A. G. O. §. 73 prov. C. P. O., und überdieß die Zustellung vom Empfänger im Zustellungsbogen bescheinigt, §. 214 des Pat. 3. Mai 1853. Auch schon im justinian. Recht mußte der Beklagte ein schriftliches mit dem Datum des Empfangstags versehenes Empfangsbekenntniß, libellus responsionis, ausstellen; vgl. Bethmann Handb. I S. 256.) Die Lehre von der Zustellung der gerichtlichen Verordnungen gehört in das Prozeßrecht (§. 384 fg. A. G. O. §. 64 fg. prov. C. P. O.).

einem (ganz oder theilweise) unbegründeten widerspricht. Erst mit diesem Widerspruch (contradictio) des Beklagten wird der Rechtsstreit zu einem wirklichen[5]: ist die Klage angestellt und mitgetheilt, so ist vorerst nur die Möglichkeit vorhanden, daß es zu einem Rechtsstreit kommen werde[6]. Gibt nemlich der Beklagte den Klaganspruch zu, erkennt er denselben seinem vollen Inhalt und ganzen Umfang nach an, so kommt es gar nicht zu einem Rechtsstreit: der Beklagte spricht sich (die subjektive und objektive Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt) durch die gerichtliche Anerkennung des Klagerechts (confessio in jure[7]) selbst schuldig (quodammodo sua sententia damnatur

---

5) l. un. C. de lit. cont. (3, 9) Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem (quae tantum speciem futurae litis demonstrat l. 3 C. de edend. 2. 1) permultum interest; vgl. Note 11.

6) cf. l. 1 pr. D. de edend. (2, 13) — edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum —. Nov. 53 c. 3. Auch im J. R. A. §. 45 heißt es: „damit der Citirte reiflich bedenken könne, ob er dießfalls weichen oder in dem Prozeß verfahren wolte" —.

7) Über das gerichtliche Geständniß überhaupt und die confessio in jure insbesondere vgl. Bethmann-Hollweg Versuche Nr. IV „Über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß" S. 250—319), Brackenhöft „Beiträge zur Lehre vom Geständniß im Civilprozeß" im civil. Arch. Bd XX S. 248 fg. 362 fg., Puchta Institut. II §. 173. 174, Savigny System VII §§. 303—308. — Das charakteristische Wesen der confessio in jure als des nach erhobener Klage vor dem Prätor (in jure) abgelegten unbedingten Zugeständnisses des klägerischen Anspruchs von Seite des Beklagten besteht darin, daß sie das Entstehen eines Rechtsstreites und daher auch (den Fall der Anordnung eines judicium de re aestimanda abgerechnet, l. 25 §. 2 l. 26 D. ad leg. Aquil. 9, 2 vgl. Savigny VII S. 9. 10) die Vornahme der Litiscontestation und die Fällung eines Urtheils ausschloß; die confessio in judicio dagegen wurde erst nach vollzogener Litiscontestation vor dem judex abgelegt: es war also ein wirklicher Rechtsstreit vorhanden, der durch richterliches Urtheil entschieden werden mußte (cf. l. 74 pr. D. de jud. 5, 1). Mit dem Aufhören des alten ordo judiciorum konnte die confessio nicht mehr entweder in jure, oder in judicio abgelegt werden; seitdem in Folge jenes Untergangs das judicium gleichsam in dem jus aufgenommen war, nahm auch jedes gerichtliche Geständniß je nach seinem Inhalt und Umfang entweder die Natur einer confessio in jure oder einer confessio auf eine interrogatio in jure (Savigny VII S. 305) an" (Bayer Vortr. S. 699). Auch h. z. T. gibt es zwei Arten des gerichtlichen Geständnisses. Das eine Geständniß (welches der Sache nach der römischen confessio in jure gleichsteht) besteht im unbedingten Anerkenntniß des klägerischen Rechts (des Klaganspruchs) vor Gericht: in diesem Fall kommt es gar nicht zu einem Rechtsstreit, daher auch nicht zu einem decisiven Urtheil.

l. 1 D. de conf. 42, 2) und macht hiedurch ein decisives Urtheil, eine richterliche Entscheidung des (gar nicht vorhandenen) Rechtsstreites

---

Das andere Geständniß (welches der Sache nach der confessio auf eine interrogatio in jure gleichsteht) besteht im Zugestehen einzelner oder selbst aller klägerischen Behauptungen unter gleichzeitiger Verneinung des erhobenen Klaganspruchs: hier ist ein Rechtsstreit vorhanden, der durch Urtheil entschieden werden muß. Jenes Geständniß schließt die Litiscontestation aus, dieses setzt sie voraus; jenes bezieht sich auf den Klaganspruch selbst, dieses auf einzelne faktische Behauptungen des Klägers; jenes hat das mit der Klage geltend gemachte Rechtsverhältniß selbst zu seinem Gegenstand (confessus se debere, rem actoris esse l. 3 l. 5 l. 6 §. 2 l. 7 D. de conf. 42, 2), dieses einzelne thatsächliche Voraussetzungen desselben; jenes macht eine richterliche Entscheidung unmöglich, dieses nothwendig. Zwischen der confessio in jure des römischen Rechts und dem gerichtlichen Geständniß, welches ihr im heutigen Recht der Sache nach gleichsteht, besteht höchstens der Unterschied, daß nach röm. Recht der confessus in jure pro judicato est (l. 1 l. 3 D. h. t 42, 2 l. 56 D. de re judic. 42, 1 l. un. C. de confess. 7, 59), daher gegen ihn sofort und ohne daß es einer richterlichen Condemnatio bedurfte, mit der Exekution vorgeschritten werden konnte (l. 9 C. de execut. 7, 53 l. 6 §. 6 D. de confess. 42, 2 l. 21 D. de jud. 5, 1 l. 31 D. de re jud. 42, 1 vgl. Keller Civilpr. §. 63), während h. z. T., wenigstens partikularrechtlich (Note 8), ein richterlicher Spruch vorausgehen muß, damit Exekution stattfinden könne, so daß der confessus in jure in diesem Sinn, was die Exekution betrifft, nicht pro judicato ist, obgleich er der Sache nach, was den Klaganspruch betrifft, doch immer sua sententia damnatur. — In dieses einfache Verhältniß hat sich die ältere Doktrin nicht zu finden vermocht und schon von der Zeit der Glossatoren an (vgl. Albrecht Die Exceptionen S. 138—140, Bethmann S. 295 fg., Savigny VI §. 259 Note g) die verschiedensten Ansichten aufgestellt. Auch manche österr. Prozeßschriftsteller (so selbst Pratobevera Mater. III S. 72 fg., ferner Beidtel Gerichtl. Verfahr. I §. 147 fg., der überdieß in §. 150 ganz Disparates zusammenstellt, Schuster Die Civilprozeßordn. S. 290) scheinen in dieser Beziehung keine richtige Vorstellung zu haben, während sich doch die Sache nach österr. Recht ebenso einfach verhält (vgl. auch Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 42 43, Haimerl im Magaz. Bd VIII S. 8. 9 in der Note), ja hier noch ein weiterer prägnanter Unterschied hinzukommt. Auch nach österr. Recht gibt es nemlich zwei Arten des gerichtlichen Geständnisses. Das eine besteht in der unbedingten Anerkennung des Klaganspruchs vor Gericht (s. g. „Geständniß der Schuld“, gleich der confessio in jure), das andere (§. 107 fg. A. G. O. §. 108 fg. prov. C. P. O.) im Zugestehen einzelner oder selbst aller faktischen Klagbehauptungen unter gleichzeitiger Verneinung des erhobenen Klaganspruchs (s. g. Geständniß des Faktums, gleich der confessio auf eine interrogatio in jure). Jenes ist Submission unter das Klagbegehren, dieses nach der (freilich nicht zu billigenden, vgl. Savigny VII §§. 303. 308, Bayer Vortr. §. 222, Wetzell System I §. 19 Nr. 1) Auffassung der österr. Prozeßgesetze ein bloßes Beweismittel; jenes bezieht sich auf das Klagrecht, dieses auf die Klagthatsachen; auf jenes folgt ein Urtheil der Form nach (ein bloßer Zahlungsauftrag, ein praeceptum de solvendo, Note 8), auf dieses ein Urtheil der Sache nach (eine richterliche Entscheidung in merito causae). Der Unterschied beider Geständnisse zeigt sich insbesondere bei einer Contumacia des Beklagten, in welchem Fall nach österr. Recht (§§. 11.

nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich (inter consentientes nullae sunt partes judicantis cf. l. 25 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2)[8]. Will der Beklagte dagegen nicht nachgeben, sondern es auf den Prozeß und die richterliche Entscheidung ankommen lassen, so muß

---

29. 36 A. G. O. §§. 40. 61 prov. C. P. O., oben §. 125 Note 38) ein Geständniß der Klagthatsachen angenommen (fingirt) wird: während bei dem Geständniß des Klaganspruchs, der Submission unter das Klagbegehren (confessio in jure), das klägerische Recht selbst zugegeben wird, gelten hier bloß die klägerischen Behauptungen, die Fundamente des Klaganspruchs, als zugestanden (Hfdkrt 31. Okt. 1785 lit. oo Wessely Hdb. I Nr. 830); jenes macht die Litiscontestation unmöglich, dieses gilt als solche (s. g. affirmative Litiscontestation); gegen das Urtheil in jenem Fall findet keine Appellation statt (Note 8) während gegen das Urtheil im Fall der Contumacia der Beklagte nach österr. Recht unzweifelhaft appelliren kann.

8) Nach classischem röm. Recht (vgl. Savigny VII §. 303) fand bei einer confessio in jure keine Condemnatio statt: confessus in jure pro judicato est (vgl. Note 7); dieß hat sich wohl auch nach Aufhebung des ordo judiciorum privatorum in Ansehung jenes Geständnisses, welches der Sache nach der früheren confessio in jure gleichstand, nicht geändert (vgl. Bethmann Handb. I S. 261, Bayer Vortr. S. 699; a. A. Savigny VII S. 16): wie es sich hiermit h. z. T. gemeinrechtlich verhalte, ist bestritten vgl. Brackenhöft im civ. Arch. Bd XX S. 387 fg. (für die Nothwendigkeit eines richterlichen Urtheils Bethmann Versuche S. 311, Savigny VII S. 44, Osterloh Lehrb. I S. 342; dagegen Wächter Hdb. II §. 71 Note 3, Bayer Vortr. S. 701. 702, Bethmann Handb. I S. 261 Note 8). Für das österr. Recht kann es nicht bezweifelt werden, daß auf das s. g. Geständniß der Schuld (confessio in jure) eine richterliche Condemnation folgen muß (Hofdkrt. 21. Sept. 1792 lit. b vgl. §§. 45. 356 prov. C. P. O.); dieses Urtheil ist aber nicht ein meritorisches Urtheil d. h. nicht richterliche Entscheidung eines (gar nicht vorhandenen) Rechtsstreits (vgl. Brackenhöft S. 388 fg.); sondern nur ein imperativer Spruch, d. h. ein bloßer Leistungs- (Zahlungs-) Auftrag (praeceptum de solvendo, daher Bescheid statt Urtheils die richtige Form wäre, wie solche auch im Exekutivprozeß vorgeschrieben ist, Hfkzldkrt 25. Mai 1839 Wessely I Nr. 1202; vgl. auch Krüger im civil. Arch. Bd 36 S. 214): die Sentenz des Richters ist in diesem Fall nicht decisiv, sondern bloß dispositiv (vgl. auch Wetzell System I S. 75), und nur erforderlich, um als Grundlage der Exekution zu dienen, da diese bloß auf einen gerichtlichen Spruch (oder gerichtlichen Vertrag) ertheilt wird, §. 298 A. G. O. §. 438 prov. C. P. O. (Das Hofdkrt 21. Sept. 1792 lit. b Wessely I Nr. 1114 sagt ausdrücklich: „Da nach dem Gesetz die Exekution nur über ein Urtheil oder gerichtlichen Vertrag ertheilt werden kann, so muß auch über eine eingestandene Schuld die Erledigung der Klage durch Urtheil oder gerichtlichen Vertrag geschehen.") Gegen ein solches Urtheil findet daher auch keine Appellation statt (§. 329 lit. c. westgal. G. O., vgl. §. 352 prov. C. P. O.), und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur wegen Zwangs und entschuldbaren Irrthums (§. 372 lit. b A. G. O. §. 366 prov. C. P. O. cf. l. 2 l. 7 D. de confess. 42, 2 l. 11 §. 8. 11 D. de interr. 11, 1 c. 3 X de confess. 2, 18 c. 2 de rest. in VI 1, 21 vgl. Savigny VII S. 31. 32. 42, Bayer Vortr. S. 703. 710, Nippel Erläuter. II S. 685).

er seinen Widerspruch erklären und den Richter bitten, ihn von dem erhobenen Klaganspruch zu entbinden (den Kläger mit seinem Begehren abzuweisen, absolvere ab actione, vgl. oben §. 125 Note 36a). Ohne Anspruch des Klägers und Widerspruch des Beklagten läßt sich kein Rechtsstreit denken[9]: der Kläger steht von dem mit der Klage erhobenen Anspruch nicht ab[10], der Beklagte gibt ihn nicht zu, sie lassen sich beide auf den Streit ein[10a]. Die Streiteinlassung erscheint somit begrifflich als eine zweiseitige Handlung, als die Offenbarung des Entschlusses der Parteien, es in ihrer Rechtsangelegenheit auf den richterlichen Ausspruch ankommen zu lassen. Erst mit dieser beiderseitigen (wenn auch nicht nothwendig gleichzeitigen) Erklärung ist der Streit (lis) vorhanden und kann als vorhandener bezeugt (contestirt) werden: die Litiscontestation ist im Unterschied von den vorbereitenden Schritten der formelle Anfangspunkt des wirklichen Rechtsstreits[11]. Als ein solcher zweiseitiger Akt erscheint denn auch die Litiscontestation nicht bloß im classischen

---

9) Vgl. Kierulff Theorie I S. 270 fg. Mit Recht bemerkt Wetzell I S. 76: „Kein Rechtsstreit kann in seiner regelmäßigen Entwicklung ohne Klagbitte und Gegenbitte gedacht werden, beide zusammen bilden in ihrer Beziehung auf einander die Grundlage jedes ordentlichen Verfahrens —".

10) Steht der Kläger noch vor der Einlassung des Beklagten von der Klage ab (desistit ab actione), indem er vor Gericht erklärt, daß er keinen Anspruch an den Beklagten habe, so verhindert diese klägerische confessio in jure das Entstehen eines Rechtsstreits, l. 29 §. 1 D. de donat. (39, 5) vgl. Savigny VII S. 3. 12.

10a) Dieß trat besonders im mittelalterlichen Prozeß hervor, indem der Richter den Kläger nach Vorlesung seines Klaglibells fragte: petis tu sicut lectum est, et credis juste petere?, worauf im Bejahungsfall der Beklagte, qui se defendere vult, die Litiscontestation vollzog, indem er die solennen Worte der generellen Formel für die Streitbefestigung sprach: nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere; vgl. auch Albrecht Die Except. §. 29 Note 15, Sintenis Erläuter. I Nr. IV §§. 7. 8.

11) Erst in diesem Moment ist judicium coeptum, lis inchoata, res in judicium deducta, res petita cf. l. 15 D. rat. rem (46, 8) Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat: si judicio petitum esset. Si autem in jus eum vocaverit et satis judicio sistendi causa acceperit judicium tamen coeptum non fuerit, ego non puto committi stipulationem amplius non peti; hic enim non petit, sed petere vult. cf. l. 57 §. 1 D. de solut. (46, 3) l. 22 D. de R. C. (12, 1) vgl. Wächter Erört. II S. 5 III S. 66. 67. Daher wird die L. C. bezeichnet als das tempus quo agitur, quo petitur, vgl. Keller Lit. Cont. S. 68. 69. — Über die Litiscontestatio als den Anfang der Actio in diesem Sinn vgl. Bekker Die prozessual. Consumt. §. 9.

römischen Recht[12], sondern ebenso im justinianischen Recht[13], indem Lis erst dann contestirt gilt, wenn sich der Beklagte dem Anspruch des Klägers widersetzt hat (l. un C. de lit. cont. 3, 9 Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. l. 14 §. 1 C. de jud. 3, 1 — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam. l. 2 C. de jurejur. propt. calumn. 2, 59)[13a]. Auch im canonischen Recht[14] und in den älteren Reichsgesetzen[15] wird die Litiscontestation als ein zweiseitiger Akt aufgefaßt, als eine gemeinsame Handlung der Parteien, welche das Dasein (nicht auch den Inhalt) des Rechtsstreits durch das Vorbringen des Klägers und

---

12) Festus s. v. contest. Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote. Ja es wird gewöhnlich gerade vom Kläger gesagt, daß er mit dem Beklagten litem conteſtire (actor litem contestatur cum reo l. 11 D. de jud. 5, 1), während es von diesem in der Regel heißt, daß er judicium accipit, suscipit; vgl. Keller L. C. §. 6, Wächter Erört. II S. 5 Note 6, Savigny VI S. 12. — Über die L. C. im classischen röm. Recht vgl. Keller L. C. §§. 1—6 Civilproz. §. 59, Savigny VI §. 257.

13) Über die L. C. im justin. Recht vgl. Bethmann Handb. I §. 23, Sintenis Erläut. I Nr. IV §. 6, Savigny VI S. 21—23.

13a) Der Kläger gab im Libell (libellus conventionis) den Grund und Gegenstand seines Anspruchs nur ganz kurz an; das Klaglibell enthielt also nicht, wie heutigen Tags, eine vollständige Geschichtserzählung, diese (narratio) erfolgte erst mündlich im ersten Termin (cognitio), und wenn nun der Beklagte dem Vortrag des Klägers in der Weise widersprach (objectio, contradictio, responsio), daß es zum Prozeß kommen mußte, so war dieser hiermit begonnen; vgl. Bethmann Handb. I S. 254. 260.

14) c. un. X de lit. cont. (2, 5) — per petitionem in jure propositam et responsionem factam contestatio litis fit —. c. 62 X de appell. 2, 28) c. 1 2 de lit. cont. in VI (2, 3) c. 54 §. 3 X de elect. (1, 6). Über die L. C. nach canon. Recht vgl. Savigny VI S. 36 fg., Wächter Erört. III S. 74. 75 (zum Theil Unrichtiges gibt Goldschmidt in seiner lesenswerthen Abhandl. Über L. C. und Einreden 1812 S. 31 fg.; vgl. dagegen auch Albrecht §. 29 Note 31 u. S. 142 fg.).

15) C. G. O. v. 1500 Tit. XII §. 2 — „und so der Krieg also von bayden Theilen bevestigt —"; C. G. O. v. 1507 Tit. I §. 4; in der C. G. O. v. 1523 Tit. III §. 3 wird der Ausdruck litem conteſtiren vom Kläger gebraucht („soll der cläger alßbald den krieg bevestigen"), in der C. G. O. v. 1555 Thl III Tit. 13 §. 1 vom Beklagten. Die Zweiseitigkeit der L. C. tritt im Repetiren der Klage und im generellen Widerspruch des Beklagten hervor, C. G. O. v. 1555 III 13 §. 4 (Note 16). Über diese Periode vgl. Goldschmidt S. 41 fg. 47 fg., Sintenis Erläuter. §. 9 und insbesondere die reichhaltigen Ausführungen von Albrecht Die Except. S. 136 fg. 145 fg., vgl. auch Savigny VI S. 39 fg.

die Erklärung des Beklagten, daß er der Klage nicht geständig sei, feststellt. Diese Erklärung wurde vom Beklagten in einer gesetzlich vorgeschriebenen Formel ganz allgemeinen Inhalts[16] abgegeben: die Ausmittelung und Feststellung der einzelnen faktischen Behauptungen des Klägers, welche der Beklagte zugestehen oder in Abrede stellen wollte, geschah nicht durch die Litiscontestation, sondern durch die darauf folgenden Interrogationen (Positionen) und Responsionen[17]. Die Veränderung, welche in dieser Beziehung der für das moderne Prozeßrecht so wichtige Jüngste Reichsabschied von 1654 machte, besteht lediglich darin, daß er die (erst im zweiten Termin abzugebende) allgemeine Erklärung, streiten zu wollen (Note 16), zwar nicht abschaffte[18], aber doch überflüssig und unwesentlich machte, indem er die sofortige (im ersten Termin vorzunehmende) meritorische Einlassung auf die Klage vorschrieb (J. R. A. §. 37)[19]. Es ist hienach das Wesen der Litiscontestation nicht geändert, noch etwa ihr Begriff absichtlich ganz verwischt worden[20], nur die Form, in welcher sie geschieht, ist eine andere geworden. Die Litiscontestation ist nach wie vor eine Bilateralhandlung[21]: an die Stelle der formellen ausdrücklichen Erklärung der Streitabsicht des Beklagten ist jedoch die stillschweigende Erklärung durch die detaillirte Antwort

16) Die Formel (vgl. Note 10a) lautete: „In Sachen N contra N bin ich der klage nit gestendig, bitte mich von derselben mit abtrag kosten und schäden zu erledigen." C. G. O. 1555 III 13 §. 4.

17) Über die Positionen vgl. Goldschmidt L. C. und Einreden S. 43 fg., Albrecht Die Exccpt. §. 30.

18) Wie man früher öfters mit Unrecht meinte (vgl. hierüber Bayer Vortr. §. 182); vielmehr pflegten in der ersteren Zeit nach dem Erscheinen des J. R. A. die Praktiker die ältere generelle Formel (Note 16) der in §. 37 J. R. A. vorgeschriebenen detaillirten Klagbeantwortung anzuhängen (vgl. Albrecht Die Exccpt. §. 35 Note 13). Auf jenen älteren generellen Widerspruch bezieht sich die Schlußbestimmung des §. 5 A. G. O. (vgl. Kees Comment. S. 7 Nr. 2), wonach „die Beirückung einer allgemeinen Verneinungsclausel verboten und ohne Wirkung sein soll"; im §. 22 prov. C. P. O. wird passender Weise diese Beirückung nicht verboten, sondern einfach als wirkungslos erklärt.

19) Vgl. Albrecht die Except. §. 34, Bayer Vortr. S. 583 fg.

20) Wie Sintenis Erläut. I Nr. IV §. 10 mit Unrecht behauptet: findet sich doch in §. 110 J. R. A. der Ausdruck Litiscontestation; vgl. Wächter Erörter. III S. 77 Note 17, Bayer Vortr. S. 585.

21) Dieß geht auch daraus hervor, daß der Kläger im ersten Termin (dem s. g. terminus reproductionis) die Klage mittelst kurzer Wiederholung einführte (J. R. A. §§. 35. 37), somit seine Absicht zu streiten manifestirte.

auf die Klagbehauptungen, an die Stelle des generellen Widerspruchs und der Responsionen der Eine Akt der Einlassung auf die Sache getreten (J. R. A. §. 40). Dennoch sah man in der Doktrin und Praxis schon frühe von der zweiseitigen Beziehung der Litiscontestation ganz ab und nahm, da es nach erhobener Klage hauptsächlich von der Antwort des Beklagten abhängt, ob ein Rechtsstreit wirklich entsteht und die Streitabsicht des Klägers schon aus der Anstellung der Klage hinlänglich erhellt, von der Mitthätigkeit des Klägers gänzlich Umgang[22]. Die Litiscontestation erschien nunmehr als ein einseitiger Akt, als die Einlassung des Beklagten auf den vom Kläger erhobenen Streit, als die gerichtliche Erklärung des Beklagten, es auf einen Rechtsstreit ankommen lassen zu wollen. Ja man ging noch einen Schritt weiter und gab der Litiscontestation eine noch beschränktere Beziehung, indem man darunter bloß die Antwort des Beklagten auf die Thatsachen begriff, worauf der Kläger seinen Klaganspruch gründet, somit unter Litiscontestation nicht mehr den Widerspruch des Beklagten gegen das intendirte Klagrecht, sondern die spezielle Beantwortung der Klagthatsachen verstand[23]. Diese engere Auffassung, wonach vom Begriff der Litiscontestation die Einreden und die rechtlichen Gegendeduktionen ausgeschlossen sind, hat seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in der Doktrin und Praxis fast ausschließliche Herrschaft gewonnen[24]. Obwohl man nun auch nach österreichischem Recht gewöhnt ist, die Litiscontestation in diesem engeren Sinn zu nehmen (vgl. oben §. 124 Nr. I.)[25], und sie hienach in eine

---

22) Vgl. Albrecht Die Except. S. 140 fg., Wächter Erörter. III S. 78 fg.

23) Albrecht S. 166 fg. Die Veranlassung hiezu gab der Umstand, daß schon im älteren Prozeß (Note 10a) die Widerspruchsformel eine Beziehung auf die faktischen Grundlagen der Klage (auf die narrata) enthielt, und daß sich schon in älteren Reichsgesetzen (C. G. O. v. 1555 III 13 §. 4) der Ausdruck „negative" L. C. findet (aber freilich wohl in einem anderen Sinn, vgl. Wächter Erörter. III S. 79 Noten 19. 21), endlich das Mißverständniß des in §. 40 J. R. A. gebrauchten Ausdrucks „Einlassung in der Hauptsache"; vgl. Bayer Vortr. S. 585, Planck Beweisurth. §. 23.

24) Vgl. Wächter Erörter. III S. 79 fg., Savigny VI S. 40 fg., Osterloh II §. 190.

25) Über die L. C. in diesem Sinn, als detaillirte Beantwortung der klägerischen Geschichtserzählung, vgl. Haimerl in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1839 I S. 7 fg. (es ist jedoch in doppelter Beziehung ungenau, wenn

affirmative, negative und gemischte zu unterscheiden, je nachdem der Beklagte die Klagthatsachen ganz oder theilweise bejaht oder verneint, so ist doch auch für das heutige (gemeine und österreichische) Recht unter der Litiscontestation als einer besonderen Prozeßhandlung die animo litigandi geschehene Einlassung des Beklagten auf die Klage überhaupt zu verstehen, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ohne Unterscheidung ihrer speciellen Bestandtheile. Die Litiscontestation in diesem Sinn geschieht durch die Erstattung der Einrede (oben §. 125 Note 2)[25a].

II. Durch den Beginn des Rechtsstreits entsteht unter den Parteien, welche sich nunmehr als streitende Theile gegenüber stehen, ein neues obligatorisches Verhältniß[26]. Der Inhalt dieser Prozeßobligatio, in welcher Kläger und Beklagter stehen, besteht im Allgemeinen darin, daß die Parteien, welche ihre Streitsache der Entscheidung des Richters unterworfen haben, verpflichtet sind, von dem Ausgang des begonnenen Prozesses die definitive Feststellung ihres zum Streit gebrachten Rechtsverhältnisses zu erwarten[26a]. Während aus dieser Gebundenheit an den begonnenen Prozeß für den Kläger die überwiegend prozessualische Verbindlichkeit hervorgeht, bei dem eingeleiteten Prozeß bis zum Ende auszuharren (quod in judicio

---

Haimerl S. 6 sagt, daß „durch die Beantwortung der Klage der eigentliche status litis et controversiae festgestellt werde und man daher die Beantwortung auch Litiscontestation, Kriegsbefestigung nenne"), Beidtel Das gerichtl. Verfahr. I §. 63 fg. (der aber S. 156 in Widerspruch mit S. 153 zur L. C. auch die rechtlichen Gegendeduktionen zählt) und Schuster Die Civilproz. S. 85 fg. (der S. 86 eine L. C. im engeren Sinn, „die eigentliche Kriegsbestigung" annimmt, worunter „die kategorische Erklärung des Geklagten über jeden der Klage zu Grunde liegenden Thatumstand" verstanden werden soll!).

25a) Vgl. Savigny VI S. 46 fg.

26) Die Quellen fassen diese aus der Litiscontestatio entstehende Obligatio als eine vertragähnliche, quasi ex contractu auf; l. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1) — sicut stipulatione contrahitur cum filio ita judicio contrahi. cf. l. 22 D. de tut. (27, 3); vgl. Keller L. C. §. 14, Savigny VI S. 31 fg. Im heutigen und insbesondere österr. Recht ist es jedoch nicht nothwendig, die Prozeßobligatio als eine vertragähnliche aufzufassen (vgl. auch Brinz Pandekt. I S. 556. 557).

26a) Cf. l. 3 pr. D. jud. solvi (46, 7) — sententiae se subdiderunt. Recht deutlich tritt dieß hervor, wenn die Parteien sich vertragsmäßig einem Schiedsrichter unterwerfen, und im älteren röm. Recht hatte ja die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten überhaupt den Charakter einer schiedsrichterlichen, vgl. Ihering Geist des röm. Rechts I §. 12 S. 153 fg.

permaneat actor usque ad terminum litis Nov. 112 c. 2. 3) und den Beklagten wegen desselben Anspruchs nicht gleichzeitig in mehrere Prozesse zu verwickeln[27], muß der Beklagte die etwaige Verurtheilung über sich ergehen lassen (condemnari oportere)[28], und dem Anspruch des Klägers, soweit er in diesem Verfahren vom Richter als begründet erkannt wird, gerecht werden (judicatum facere oportere)[29]. Nun liegt aber zwischen dem Beginn und dem Ende des Prozesses ein längerer Zeitraum, da es in der Regel nicht möglich ist, einen vor Gericht gebrachten Rechtsstreit sofort durch Urtheil zu entscheiden. Diese durch die Dauer des Rechtsstreits verursachte Verzögerung der Entscheidung, während welcher manche Veränderungen des streitigen Rechtsverhältnisses eintreten können, soll dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen. Um die nachtheiligen Folgen auszugleichen, welche für den Kläger aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entstehen, gilt die grundsätzliche Regel, daß der siegende Kläger, soweit es ohne Unbilligkeit gegen den nicht muthwillig

---

27) Der Beklagte, gegen den ein Rechtsstreit bereits anhängig ist, kann die gleichzeitige Erhebung eines anderen Rechtsstreits wegen desselben Anspruchs durch eine Einrede abwehren (s. g. exceptio litis pendentis, Einrede der Litispendenz, der Streithängigkeit, vgl. §. 40 A. G. O.), welche sich von der exceptio rei in judicium deductae darin unterscheidet (vgl. Windscheid Die Actio §. 9 Note 10), daß jene geltend macht, es könne derselbe Anspruch nicht zweimal zu gleicher Zeit vorgebracht werden, während mit letzterer geltend gemacht wird, daß derselbe Anspruch überhaupt nicht zweimal verhandelt werden dürfe (bis de eadem re ne sit actio). — Über die passive Prozeßobligatio des Klägers vgl. Buchka Einfluß II §§. 12. 18—20.

28) Darüber daß das condemnari oportere in diesem Sinn zu verstehen sei (nicht also als Verpflichtung judicio uti oportet defendere, wie Bekker Die prozess. Consumt. S. 293 fg. annimmt, dem Wetzell II §. 47 Note 4 beistimmt) vgl. Dernburg in der heidelb. Zeitschr. II S. 340. 341. — Über die obligatio condemnari oportere vgl. Buchka Einfl. I §. 7 II §§. 14. 21. Diese durch den Beginn des Rechtsstreits erzeugte (vertragähnliche) Obligatio ist „nicht sowohl eine einzelne praktische Folge, als vielmehr die Grundlage und der zusammenfassende Ausdruck für die einzelnen Folgen", welche der Beginn des Rechtsstreits in civilrechtlicher Beziehung hervorbringt (Savigny VI S. 246).

29) Dieß drückt die vielbesprochene altrömische Rechtsregel aus: Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere, Gaj. III §. 180. — Über die Zurückführung der mit der judicati actio zu realisirenden Obligatio auf das judicium acceptum (l. 3 §. 11 cit. l. 2 §. 8 D. de her. vend. 18, 4) vgl. Bekker Die Consumt. S. 293 fg. und unten §. 133 Note 2.

prozessirenden Beklagten geschehen kann[29a], alles dasjenige erhalten soll (omnis causa[30]), was er gehabt haben würde, wenn er zur Zeit des Beginns des Rechtsstreits befriedigt worden wäre[31]. Diese Regel kommt in zwei Hauptrichtungen zur Anwendung[32]. Zunächst wird durch die Erhebung des Rechtsstreits die Verurtheilung selbst gesichert mittelst künstlicher Reduction auf den Zeitpunkt des Streitbeginns, indem gewisse Ereignisse, deren Eintritt sonst den Untergang des Rechts herbeiführen würde, ihre nachtheilige Wirkung auf das einmal zum Streit gebrachte Recht verlieren. Ferner wird durch die Einleitung des Prozesses der Umfang der Verurtheilung bestimmt, indem der Beklagte dem Kläger auch dasjenige zu erstatten hat, was diesem durch die Verzögerung des Rechtsstreits entgangen ist (omnis causa). Auf diese Art werden durch den Beginn des Rechtsstreits für den Beklagten theils neue Verbindlichkeiten erzeugt, theils die vorhandenen gesteigert[33]. Hiemit stehen noch einige andere positive Wirkungen in Verbindung, welche der begonnene Rechtsstreit rücksichtlich des im Prozeß befangenen Rechtsverhältnisses hervorbringt. Eine

---

29a) Cf. l. 40 pr D. de H. P. (5, 3) Illud quoque — ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit (Note 11), restituta esset hereditas, interdum durum est (daher die Milderung: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere; vgl. §. 338 a. b. G. B.).

30) l. 35 D. de V. S. Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum l. 246 §. 1 eod. l. 91 §. 7 D. de leg. I. — causa ejus temporis, quo lis contestatur, repraesentari debet actori. l. 20 D. de R. V. l. 31 D. de R. C. (12, 1) §. 3 I. de off. jud. (4, 17). Über diese Bedeutung von omnis causa vgl. Savigny VI S. 54.

31) Dieß drückt die („jedoch nach ihrem Wortlaut etwas zu weit greifende" Arndts §. 113 Anm. 4 lit. b) Regel aus: ut post acceptum judicium (Note 11) id actori praestetur, quod habiturus esset actor, si statim litis contestatae tempore res ei reddita fuisset. l. 40 pr. cit. l. 17 §. 1 l. 20 D. de R. V. (6, 1) l. 35 l. 75 D. de V. S.

32) Vgl. insbesondere Savigny VI §§. 256. 260.

33) l. 86 D. de R. J. Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerumque melior. l. 87 eod. l. 29 D. de novat. (46, 2).

negative Wirkung dagegen übt im heutigen Recht[34] der Beginn des Rechtsstreits auf das Klagrecht als die rechtliche Möglichkeit zu klagen nicht aus: das Klagrecht als das jus persequendi judicio, quod sibi debeatur (oben §. 113) wird durch die Einleitung des Prozesses nicht consumirt[34a] (zerstört), verliert durch den einmaligen Gebrauch an sich nicht schlechthin die Fähigkeit zu wiederholter Geltendmachung; vielmehr kann dieselbe Klage so lange von neuem wirksam angestellt werden, bis sie ihre Aufgabe, die Herbeiführung einer meritorischen richterlichen Entscheidung gegenüber diesem Beklagten, erfüllt hat[35]. Mit diesem Hinwegfall der Prozeßconsumtion ist für das heutige Recht vollends jeder Schein einer durch den Streitbeginn (die Litiscontestatio) bewirkten Novation der ur-

---

34) Über die prozessualische Consumtion im classischen röm. Recht vgl. Keller L. C. und Urtheil §. 8 fg., Savigny VI §. 258, Wächter Erörter. Hft III Nr. XII „Die Consumtion und Novation eines Rechtsverhältnisses durch Litiscontestation und richterliches Urtheil" S. 2—62, insbesondere aber die gediegene Schrift von Bekker Die prozessual. Consumption im class. röm. Recht 1853 und dazu die Recension von Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 339 fg. Über das allmälige Absterben der Prozeßconsumtion und über die Reste derselben im justin. Recht vgl. Bekker S. 11. 12, Windscheid Die Actio S. 65—67, Arndts Pandekt. (3. Aufl.) §. 113 Anm. 3. Über das heutige Recht resp. uber den gänzlichen Wegfall der consumirenden Kraft des Prozesses vgl. Wächter Erört. III S. 35 fg., Windscheid S. 68, Muther S. 87. 88; wohl mit Unrecht will Wetzell System I S. 80—82 für das heutige Recht behaupten, daß das Klagrecht schon durch die Deduktion in judicium erlösche.

34a) Was durch den Prozeß consumirt wird, ist die Klagbarkeit des Anspruchs, der Anspruch als klagbarer (vgl. Bekker S. 98 Note 3 S. 279. 282. 284. 285. 295. 298. 300.); mit Unrecht (vgl. auch Muther die Actio §. 22) behauptet Windscheid Die Actio §. 8 Abwehr §. 18, ausgehend von seiner (unrichtigen) Auffassung der Actio als Gericht, daß durch die L. C. nicht die Actio, sondern die Obligatio consumirt werde: was consumirt wird, ist freilich nicht der Anspruch an sich, der vielmehr als streitiger (actio inclusa judicio l. 139 pr. D. de R. J.) fortdauert (vgl. Bekker S. 279), wohl aber das Klagrecht als Recht zu klagen, die Actio als das jus persequendi judicio quod sibi debeatur: der einmalige Gebrauch consumirt die Actio in diesem Sinn, die gebrauchte Klage ist verbraucht.

35) Eine Consumtion der Klage findet h. z. T. nur mehr durch das Urtheil statt (unten §. 133); die altrömische Regel (Bekker § 4, Pöschmann in den Schletter'schen Jahrbb. II S. 188 fg., Brinz I §. 45) Bis de eadem re ne sit actio, nicht mehrere Klagen über denselben Anspruch, hat keine Geltung mehr, indem der heutigen Anschauung vielmehr der Grundsatz entspricht: nicht mehrere Erkenntnisse de eadum re; vgl. Bekker S. 116 fg., und unten §. 133 Note 17.

sprünglichen Obligatio beseitigt[36]. Durch die Prozeßobligation wird die ursprüngliche Obligatio nicht aufgehoben. Die Prozeßobligatio tritt nicht an die Stelle der ursprünglichen Obligatio, sondern vielmehr zu dieser hinzu: der beklagte Schuldner steht als Schuldner in der ursprünglichen Obligatio, als Beklagter in der Prozeßobligatio. Der in judicium deducirte Rechtsanspruch dauert nicht nur als eingeklagter (res de qua agitur) und streitiger (actio inclusa judicio), sondern auch als an sich klagbarer fort[36a].

III. Der Beginn des Rechtsstreits (die Prozeßeinleitung) begreift drei Prozeßakte in sich (Nr. I). Es entsteht daher die Frage, an welche dieser Prozeßhandlungen die Wirkungen geknüpft sind, welche der Beginn des Rechtsstreits auf das materielle Recht hervorbringt, eine Frage, welche praktisch um so wichtiger ist, als jene Prozeßhandlungen in ziemlich weit auseinander liegenden Zeiträumen vorgenommen werden (vgl. §§. 19. 29. 35. 38. 41 A. G. O.). Nach österreichischem Recht[37] ist die Mittheilung der Klage an den Beklagten

36) Was das röm. Recht anbelangt, so hat man häufig, hauptsächlich auf Grundlage von Gaj. III § 180 Fragm. vatic. §. 263 l. 29 D. de novat. (46, 2), eine wirkliche Novation durch L. C. behauptet (vgl. z. B. Keller L. C. §. 9 fg. Civilprozeß §. 60, Buchka Einfluß I §. 1 fg., Wächter Erörter. III S. 3 fg., Savigny §. 258, Osterloh Lehrb. II S. 50 u. A.); daß aber diese s. g. novatio necessaria (Prozeßnovation) gar keine wahre (privative) Novation, sondern von einer solchen durchaus verschieden sei (cf. l 29 cit. l. 11 pr. §. 1 D. de pigner. act. 13, 7 l. 86 87 D de R. J. cf. l 35 D. de usur. 22, 1 in Verbindung mit l. 18 D. de novat.), und daß die Prozeßconsumtion nicht auf das Novationsprinzip zurückzuführen sei, sondern umgekehrt aus der Consumtion der persönlichen Klagen der bloße Schein einer Novation der ursprünglichen (unklagbar gewordenen) Obligatio durch die L. C. hervorgegangen sei, hat in vortrefflicher Weise Bekker Die prozess. Consumt. §. 22. 23 nachgewiesen, dem auch Dernburg S. 341 fg. und Muther §§. 24. 26 beistimmen (nur daß letzterer wieder seine publicistische Auffassung des Klagrechts beimischt); auch Windscheid Die Actio §. 8 hat sich gegen eine wirkliche Novation durch L. C. erklärt. — Im heutigen Recht ist vollends jeder Schein einer Novation der ursprünglichen Obligatio durch den Rechtsstreit verschwunden; vgl. Wächter S. 38 fg., Savigny VI S. 25. 26, Sintenis Civilr. I §. 33 Note 6, Arndts §. 271 Anm. 3.

36a) Es ist dieß eine der Phasen und Metamorphosen der Ansprüche auf dem Weg ihrer gerichtlichen Geltendmachung und Realisirung (vgl. auch Brinz Pandekt I S. 556 fg.): der Anspruch existirt als klagbarer, hierauf als streitiger, endlich als abgeurtheilter (an- oder aberkannter); immer aber ist es ein und derselbe materielle Rechtsanspruch, nur auf verschiedener Entwicklungsstufe; vgl. unten §. 133.

37) Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts herrscht in dieser Beziehung bekanntlich große Meinungsverschiedenheit (vgl. die summarische Übersicht bei

(Nr. I 2) der Prozeßakt, mit welchem die meisten der materiellen Wirkungen des Streitbeginns verbunden sind[38], und dieser Zeitpunkt erscheint in der That auch als der geeigneteste Moment, da der Beklagte durch die Zustellung der Klage Kenntniß von der Erhebung des Klaganspruchs erhält, weßhalb insbesondere der Umfang der Verurtheilung nach diesem Zeitpunkt bestimmt wird (folg. §. II Nr. 4—8)[39]. Aber auch die bloße Anstellung der Klage (Nr. I) übt nach österreichischem Recht[40] einen erheblichen und gewiß zu billigenden[40a] Einfluß auf das materielle Recht, indem die durch die

Savigny VI S. 242 fg. und Arndts § 113 Anm. 5), indem die Einen noch für das heutige Recht die Litiscontestation als den regelmäßig entscheidenden Prozeßakt für die Hervorbringung der materiellen Wirkungen des Rechtsstreits auf das streitige Rechtsverhältniß ansehen (so Wächter Erörter. III S. 70 fg., Buchka Einfluß II §§. 21. 22, Vangerow I §. 160, Windscheid Die Actio S. 70 fg.), während Andere in dieser Beziehung die Insinuation der Klage als den regelmäßig entscheidenden Prozeßakt betrachten (so Kierulff I S. 280 fg., Savigny VI §§. 278. 279, Arndts §. 113, Wetzell I S. 87. 88.).

38) Jedoch unter der Voraussetzung, daß es in Folge der Insinuation auch wirklich zu einem Rechtsstreit gekommen ist, da ohne Prozeß keine Prozeßobligation denkbar ist (a. A. Savigny VI S. 245. 247, aber doch wohl mit Unrecht, vgl. auch Wetzell I S. 88 und Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr Bd III S. 259); daß der Beklagte, der statt zu prozessiren den Anspruch einräumt, dennoch die omnis causa rei von der Zeit der Insinuation an herausgeben muß, erklärt sich daraus, daß der Beklagte durch die Restitution die Verurtheilung abwenden will und daher alles dasjenige restituiren muß, wozu er verurtheilt würde, wenn er die freiwillige Restitution unterlassen hätte (cf. l. 75 D. de V. S. l. 35 l. 246 §. 1 eod. l. 9 §. 8 D. ad exhib. 10, 4 l. 3 D. de condict. tritic. 13, 3 vgl. Savigny VI S. 49. 50. 235).

39) In dieser Beziehung war wohl späterhin auch schon nach röm. Recht die Insinuation der entscheidende Zeitpunkt; in Ansehung des Erbschaftsstreits ist dieß ausdrücklich bestimmt in l. 20 §. 11 l. 25 §. 7 D. de H. P. 5, 3 (vgl. Arndts im R. L. V S. 227 fg.), und diese Bestimmung wurde in der Folge wohl auf andere Fälle ausgedehnt, vgl. Wächter Erört. III S. 105 fg., Buchka Einfl. II §. 16 (der aber mit Unrecht von einer Fiktion der mala fides spricht), dagegen aber freilich wieder Savigny VI S. 92 fg. 252 fg. und Vangerow I §. 160 Nr. IV, vgl. jedoch Arndts §. 113 Anm. 4 lit. b.

40) Mit Unrecht will Sintenis Erläut. I Nr. IV §. 12 schon für das gemeine Recht an die Anstellung (Einreichung) der Klage civilrechtliche Wirkungen (Übergang der Klagansprüche auf und gegen die Erben, Unterbrechung der erlöschenden Verjährung) knüpfen.

40a) Savigny VI S. 244 meint, daß die Unterscheidung zwischen Einreichung und Insinuation der Klage „als kleinlich zu verwerfen sei", aber in legislativer Beziehung läßt sich diese Unterscheidung gewiß billigen (vgl. Wächter Erört. III S. 93 Hdb. II §. 71 Note 18 und auch Vangerow I S. 194; vgl auch oben §. 121 Note 26) und Savigny selbst nimmt an, daß dem Kläger,

Einleitung des Rechtsstreits bewirkte Sicherung der Verurtheilung selbst in den meisten Fällen schon durch die Anstellung der Klage bewirkt wird (folg. §. I Nr. 1—4). Die Litiscontestation (Nr. I 3) dagegen ist nach österreichischem Recht[41] in dieser Beziehung von ganz untergeordneter Bedeutung.

II. Die civilrechtlichen Wirkungen des Streitbeginns im Einzelnen.

§. 128. Die Wirkungen, welche die das Dasein des Rechtsstreits constituirenden Akte auf dem Gebiet des materiellen Rechts[1] hervorbringen, sind im Einzelnen folgende[2]:

I. Materielle[2a] Wirkungen der Klaganstellung vor dem competenten Richter[3]:

---

der ohne ihm zuzurechnende Nachlässigkeit durch die Verzögerung der Mittheilung der Klage einen Nachtheil erlitten habe, durch Restitution geholfen werden solle.

41) Über die L. C., als den entscheidenden Prozeßakt für die materiellen Wirkungen nach justinian. Recht vgl. Wächter Erört. III S. 63 fg., Savigny VI §. 264.

1) Von den prozessualischen Wirkungen, welche die prozeßeinleitenden Akte hervorbringen, ist im Prozeßrecht zu handeln; vgl. hierüber Bayer Vorträge §§. 174. 186 fg., Osterloh Lehrb. II §§. 182. 186. 192, Beidtel Verfahr. §§. 60. 61. 67 (enthält viel Unrichtiges).

2) Würde der Kläger im Lauf des Prozesses denselben fallen lassen, so fallen auch die bis dahin eingetretenen Wirkungen des Prozesses wieder hinweg (vgl. oben §. 121 Nr. II 2); wird der ganze Prozeß cassirt (§§. 264. 265 A. G. O. §§. 342. 343 prov. C. P. O.), so gilt das Gleiche; werden nur einige Prozeßakte cassirt, so fallen bloß jene Wirkungen hinweg, welche an dieselben gebunden sind; vgl. Wächter Erörter. III S. 89 Note 24 Handb. §. 71 Note 47, Osterloh Lehrb. II S. 36, Schmid im civil. Arch. Bd XXX S. 215. 216.

2a) Eine prozessualische Wirkung der Klaganstellung besteht darin, daß jener von mehreren zur Theilungsklage gleichberechtigten Personen die Parteirolle des Klägers zukommt, welche zuerst die Klage angestellt hat (qui primus ad judicium provocasset l. 13 D. de jud. 5, 1 l. 42 D. fam. hercisc. 10, 2 l. 2 §. 1 D. comm. div. 10, 3 vgl. Bd I §. 70 Note 30 lit. c); hat ein Gemeinschafter die Theilungsklage erhoben und ist sie dem Beklagten bereits zugestellt, so steht dessen später erhobener Theilungsklage die Einrede der Litispendenz entgegen (vgl. Buchka Einfl. II S. 142); würden die Gemeinschafter zu gleicher Zeit die Theilungsklage erheben, so entscheidet das Loos darüber, wem die Rolle des Klägers resp. Beklagten gebühre, l. 14 D. de jud. (5, 1) vgl. Osterloh Lehrb. I §. 109.

3) Wird die Klage dem Kläger zur Verbesserung (innerhalb eines gewissen Termins) zurückgegeben, so datiren die Wirkungen der Klaganstellung nach Reproduktion der verbesserten Klage vom Tag der Überreichung der ersten fehlerhaften Klage an, vgl. oben §. 121 Note 28 und Osterloh Lehrb. II §. 186 Note 21, Koch Civilproz. I §. 172 6.

1) Unterbrechung der Klagenverjährung, §. 1497 a. b. G. B. (vgl. oben §. 121, jedoch auch Note 26ª daselbst).

2) Unterbrechung der Ersitzung, in welcher der Beklagte begriffen ist, §. 1497 a. b. G. B.[4]

3) Unterbrechung der erlöschenden Verjährung der Servituten und Reallasten durch Nichtgebrauch, §. 1497 a. b. G. B.[5]

4) Übergang gewisser Ansprüche auf die Erben des Berechtigten, welche sonst unvererblich sind (s. g. aktiver Klagenübergang[6]). a) Es gibt privatrechtliche Ansprüche, welche, obgleich sie in ihrem letzten Resultat auf ein vermögensrechtliches Objekt gerichtet sind, dennoch

---

4) Daß nach gemeinem Recht die Ersitzung nicht schon durch die Anstellung der Klage unterbrochen werde, ist unzweifelhaft; dagegen wird darüber gestritten, ob die Ersitzung durch den Beginn des Rechtsstreits (resp. durch die L. C. oder die Insinuation der Klage) unterbrochen werde oder nicht (vgl. einerseits Sintenis Erläut. S. 160 fg., Wächter Erörter. III S. 99 fg., Bayer Vortr. S. 559, anderseits Savigny VI S. 55 fg. 248, Vangerow I S. 280, Arndts §. 163 Anm. 2). Vom legislativen Standpunkt aus läßt sich die (dem A. L. R. I 9 §. 603 fg. nachgebildete) Bestimmung des bürgerl. Gesetzb sicher rechtfertigen. (Was Beidtel §. 61 Nr. 4 bewogen haben mag, die Unterbrechung der Ersitzung nach österr. Recht erst mit der Klagmittheilung eintreten zu lassen, ist nicht leicht abzusehen.)

5) In dieser Beziehung herrscht für das gemeine Recht (l. 8 §. 4 D. si serv. vind. 8, 5) derselbe Streit, wie in Ansehung der Ersitzung (Note 4), vgl Vangerow I S. 281, Keller Lit. Contest. S. 175.

6) Daß hier unter Klage (actio) der klagbare Anspruch selbst zu verstehen sei, darüber vgl. oben §. 118 Note 1. — Zum s. g. passiven Klagübergang, das heißt zur Transmission klagbarer Ansprüche auf (gegen) die Erben des ursprünglichen Schuldners, bedarf es nach österr. Recht niemals der Vermittlung durch die Einleitung des Prozesses (über das röm. Recht vgl. Savigny §. 262 Nr. IV, Keller L. C. §. 20; über einen solchen Fall nach deutschem Recht vgl. Platner Die Bürgschaft S. 128. 129). Die Verpflichtung zur Bezahlung von Deliktsschulden des Erblassers haftet auf dem Vermögen und geht, ohne prinzipielle Beschränkung auf die vires hereditatis, gleich andern Schulden auf die Erben über, §. 1337 a. b. G. B. (vgl. oben §. 114 Note 16); die Verpflichtung zur Bezahlung des Schmerzensgeldes steht in dieser Beziehung, wie auch nach gemeinrechtlicher Praxis (Glück X S. 389), den übrigen Deliktsschulden gleich, §. 1325 in Verbindung mit §. 1337 a. b. G. B. (hienach ist das Bd I §. 64 Note 16 a E. Gesagte zu berichtigen); die Klage auf Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks geht nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 949 a. b. G. B. auch gegen die Erben des Beschenkten (oben §. 98 Note 13); die Verbindlichkeit zur Bezahlung öffentlicher Geldstrafen endlich geht auf die Erben nur dann über, wenn der Erblasser dazu bereits rechtskräftig verurtheilt war, §. 548 a. b. G. B. (das Nähere über diese vielbesprochene, dem A. L. R. I 9 §. 363 nachgebildete, Bestimmung im Erbrecht; vgl. auch unten §. 133 Note 11).

nicht als zum Vermögen des Berechtigten gehörig betrachtet werden können, weil sie zunächst und unmittelbar nicht Erlangung eines pekuniären Vortheils, sondern Befriedigung persönlicher Genugthuung für erlittene Unbilde bezwecken (magis vindictae quam pecuniae persecutionem habent l. 2 §. 4 D. de collat. 37, 6 s. g. actiones vindictam spirantes). Diese Ansprüche werden, weil sie zunächst keine Vermögensbestandtheile sind (l. 28 D. de injur. 47, 10), auf die Erben nicht transmittirt; sie gehen aber auf dieselben über, sobald der gekränkte Berechtigte die betreffende Klage angestellt hat[7]. Hieher gehört aber nach österreichischem[8] Recht nur[9] die Forderung des körperlich Beschädigten auf Bezahlung von Schmerzensgeld (§. 1325 a. b. G. B.)[10]. — b) Das Recht des Vaters oder eines Ehegatten auf Anullirung der Ehe (§§. 94—96 a. b. G. B.) geht auf die Erben über, wenn die Nullitätsquerel vom Vater oder Gatten bereits angestellt ist[11].

5) Von der Anstellung der Klage an können neuerdings Zinsen

---

7) Nach röm. Recht (cf. l. 139 pr. D. de R. J. Omnes actiones, quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent) ist für den aktiven Übergang dieser Klaganspruche die L. C. der entscheidende Prozeßakt vgl. Keller L. C. S. 166 fg., Wächter Erörter. III S. 110 fg., Arndts §§. 104. 113 Anm. 4 lit. f.

8) Über die Fälle, welche nach röm. Recht hieher gehören, vgl. Savigny System II §. 73, Vangerow I § 145, Arndts §. 104 Anm. 1.

9) Die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit geht nach österr. Recht ohne weiteres auf die Erben des Schenkers über, §. 949 a. b. G. B. (oben §. 98 Note 11); ebenso der Anspruch einer Verführten auf Bezahlung der Entbindungs- und Wochenbettkosten §. 1328 a. b. G. B., da diese Klage eine Ersatzklage ist (a. A., wie ich glaube mit Unrecht, Wächter Hdb. II §. 71 Note 53).

10) Vgl. über diesen Punkt, der von unseren Schriftstellern gänzlich mit Stillschweigen übergangen wird, oben Bd I §. 64 Note 15 (a. A. Koch Recht der Forder. III S. 950). Eine Bestätigung für das im Text Gesagte scheint in §. 1327 a. b. G. B. zu liegen, der im Fall eines durch noch so schmerzvolle Verletzung erfolgenden Todes zwar von Ersatz der Kurkosten und des sonstigen Entgangs spricht, von Bezahlung eines Schmerzensgeldes aber nichts erwähnt; die Worte „auf Verlangen" in §. 1325 a. b. G. B. dagegen sagen wohl nur, daß das Schmerzensgeld nicht von Amtswegen (ex officio) zuzusprechen sei (vgl. Nippel VIII 1 S. 190). Übrigens wird diese Forderung schon transmittirt, wenn der Verletzte im s. g. Adhäsionsprozeß die Bezahlung des Schmerzensgeldes gefordert hat.

11) Vgl. Nippel Erläuter. II S. 39 fg.; a. A. Winiwarter I S. 276, Stubenrauch II S. 319; das Nähere im Familienrecht.

von einem Capital gefordert werden, dessen Höhe der Zinsenrückstand bereits erreicht hat, §. 1335 a. b. G. B.[12].

II. Materielle[12a] Wirkungen der Mittheilung (Insinuation) der Klage an den Beklagten durch das competente Gericht, mit der Aufforderung, sich über die Klage vor Gericht zu erklären (Ladung):

1) Bei aktiven Correalobligationen wird der gemeinsame Schuldner durch die Ladung an den klagenden Correalgläubiger gebunden (§. 892 a. b. G. B.)[13]: er kann sich daher vom Augenblick der Klagmittheilung an nicht mehr durch die Zahlung an einen anderen Correalgläubiger liberiren[14], und es steht ihm gegen jede spätere Klage

---

12) Vgl. W. Sell über das Verbot der Zinsen ultra alterum tantum, in seinen Jahrbb. I Nr. II S. 13—92, Koch Recht der Forder. I §. 12 Nr. 6; das Nähere im Obl. Recht.

12a) Die Darstellung der prozessualischen Wirkungen der Klagmittheilung (Fortdauer der Zuständigkeit des Gerichts, Begründung der Litispendenz, Zulässigkeit der Anbringung einer Widerklage) gehört in's Prozeßrecht. (Was Schuster Die Civilprozeßord. S. 78 über die prozessualischen Wirkungen der Ladung sagt, ist ungenügend; nicht leicht begreiflich ist es, wie dieser Schriftsteller die §§ 438 u. 445 a. b. G. B. als bedeutungsvoll für die materiellen Wirkungen der Ladung anführen kann.)

13) Daß die Schlußworte des §. 892 a. b. G. B. — „der Schuldner muß das Ganze demjenigen dieser Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht" — nicht im vulgären Sinn (etwa als jedes beliebige Antreten auf offener Straße), sondern im technischen Sinn (gerichtliches Angehen, gerichtliches Anfordern) zu nehmen seien, kann füglich nicht bezweifelt werden: zu billigen ist jene unjuristische, Mißverständnissen leicht ausgesetzte, Redaktion freilich nicht. (Unsere Schriftsteller begnügen sich, in der Paraphrase des §. 892 die Worte desselben „wer zuerst angeht" einfach zu wiederholen, ohne ihren technischen Sinn festzustellen, so z. B. Nippel VI S. 101, Stubenrauch III S. 61. 62, Winiwarter IV S. 52, der sogar das Verhältniß der Miteigenthümer eines praedium dominans rücksichtlich der Ausübung der Servitut hier einmischt.)

14) In dieser Hinsicht irren m. E. manche neuere gemeinrechtliche Schriftsteller, indem sie behaupten, daß der von einem Correalgläubiger belangte Schuldner sich nach der Ladung, ja selbst noch nach der Litiscontestation durch Zahlung an einen anderen Correalgläubiger liberiren könne; so z. B. Wächter Erörter. III S. 58 fg. Hdb. II S. 537, Savigny Obl. R. I S. 183, Vangerow III S. 102 (vgl. oben Bd I §. 70 Note 31). Sie stützen diese Behauptung darauf, daß im heutigen Recht die prozessualische Consumtion gänzlich hinweggefallen sei, und daß die fragliche Bestimmung, wonach der belangte Schuldner sich durch Zahlung an einen anderen Gläubiger nicht mehr liberiren könne, nur ein Ausfluß jenes Prinzips sei. Allein die prozessualische Klagenconsumtion hat mit der betreffenden Bestimmung wohl nichts zu thun; die Prozeßconsumtion schließt nur die Möglichkeit aus, dieselbe Klage nochmals anzustellen, indem der erneuerten Klage die exceptio rei in judicium deductae entgegen steht, während es sich hier um die ganz verschiedene Frage handelt, ob sich der Schuldner

eines anderen Correalgläubigers eine (prozeßhindernde) Einrede zu [15]. Ebenso verhält es sich in jenen Fällen, in welchen der Beklagte die Wahl hat, an die eine oder andere Person zu leisten: er verliert das Wahlrecht durch die Klagmittheilung, indem er an die Person des Klägers gebunden wird [16]. — Bei passiven Correalobligationen steht jedem Correalschuldner eine (prozeßhindernde) Einrede zu, wenn bereits einer der anderen Mitschuldner vom gemeinsamen Gläubiger auf das Ganze belangt ist, §. 891 a. b. G. B. [17].

---

dem klagenden Gläubiger gegenüber auf die nach der L. C. an einen anderen Correalgläubiger geleistete Zahlung berufen könne. Daß sich der Schuldner durch Zahlung an den klagenden Gläubiger liberiren könne, darüber konnte kein Zweifel mehr bestehen, seitdem der Grundsatz Omnia judicia esse absolutoria (Keller Civilpr. §. 67) zur Geltung gelangt war; dagegen fordert es die Billigkeit und die Analogie der Note 16 erwähnten Fälle, daß der Schuldner sich auf jene Regel nicht wirksam berufen könne, wenn er die Zahlung einem anderen als dem klagenden Gläubiger leistet, der durch die Klaganstellung sein Recht gehörig gewahrt hat und allen anderen Mitgläubigern zuvorgekommen ist. Diesen in keinem Zusammenhang mit der Prozeßconsumtion stehenden und daher auch h. z. T. geltenden Satz spricht die l. 16 D. de duob. reis (45, 2) aus: Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit, nur daß h. z. T. nicht mehr die L. C., sondern die Insinuation der Klage der entscheidende Zeitpunkt ist; vgl. auch Arndts §. 171 Anm. 3.

15) Es findet in diesem Fall gewöhnlich ein s. g. Rückerlag der Klage statt; vgl. auch Buchka Einfl. II S. 39 fg. 141 fg., der aber wohl mit Unrecht diese Einrede als eine Einrede der Litispendenz ansieht, und zu weit geht, wenn er es (S. 142) für „juristisch unmöglich" hält, daß sich die Correalgläubiger zu Einer Klage gegen den gemeinsamen Schuldner vereinen: dieß ist vielmehr ebenso zulässig, wie daß der gemeinsame Gläubiger sämmtliche Correalschuldner mit Einer Klage belangt, §. 891 a. b. G. B., vgl. Note 17.

16) Nach röm. Recht ist auch in diesem Fall die L. C. der entscheidende Prozeßakt; l. 9 pr. D. de V. O. (45, 1) si Titius et Sejus separatim ita stipulati essent, fundum illum, si illi non dederis, mihi dare spondes? finem dandi alteri fore, quoad judicium acciperetur et ideo occupantis fore actionem. l. 57 §. 1 D. de solut. (46, 3) Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. l. 16. l. 17 §. 1 l. 24 D. de leg. II. — uno petente jam eligere non potest, cui det.

17) Wenn der Gläubiger einen anderen Correalschuldner belangen will, so muß er die Klage gegen den zuerst auf das Ganze belangten Schuldner fallen lassen (§. 891 a. b. G. B. „wenn er von derselben absteht"); so lang er dieß nicht gethan hat, hat der später belangte Mitschuldner eine prozeßhindernde Einrede (vgl. Buchka Einfl. II S. 136 fg., der mit Unrecht hierin eine Einrede der Litispendenz sieht, vgl. oben §. 117 Note 32), und zwar in der Form des Klagrückerlags (vgl. Füger Gerichtl. Verfahren 6. Aufl. I S. 57. 58). Diese Bestimmung des §. 821 a. b. G. B., welche auf einer übertriebenen Vorsorge gegen

2) Entscheidet bei collidirenden Rechten die Prävention, und wird die Prävention durch Erhebung der Klage ausgeübt (Bd I S. 628 fg.), so ist der entscheidende Moment die Mittheilung der Klage[18]: jener ist der Prävenirende, dessen Klage zuerst insinuirt wurde[19].

3) Steht bei einer alternativen Obligatio ausnahmsweise (Bd I §. 58 Note 20) dem Gläubiger[20], oder zwischen verschiedenen einander ausschließenden Rechten dem Berechtigten das Wahlrecht zu, so wird die in der Klage getroffene Wahl[21] durch die Mittheilung

---

eine etwaige doppelte Befriedigung des Gläubigers beruht, läßt sich nicht billigen (oben § 117 Note 32; vgl. Planck Mehrh. der Rechtsstreit. S. 287. 546.); consequent muß man wohl auch behaupten, daß hienach die gleichzeitige Belangung mehrerer Mitschuldner auf das Ganze mit mehreren (verschiedenen) Klagen als unzuläßig erscheint, während der Gläubiger allerdings sämmtliche oder mehrere Correalschuldner mit einer gemeinschaftlichen Klage belangen kann, §. 891 a. b. G. B.

18) Nach röm. Recht ist auch in diesen Fällen die L. C. der entscheidende Prozeßakt; vgl. Noten 16. 19.

19) Es kommt daher demjenigen der mehreren Legatare, denen das Wahlrecht zwischen der nemlichen ganzen Sache und deren Werth zusteht (Bd I §. 70 Note 30 lit. f), das Vorrecht der Wahl zu, dessen Klage zuerst den Erben mitgetheilt wurde, cf. l. 33 D. de leg. I — electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire. Ebenso hat von mehreren Prozeßprokuratoren derjenige den Vorzug, dessen Klage zuerst dem Beklagten mitgetheilt wurde (nach röm. Recht derjenige, mit dem zuerst Lis contestirt wurde, l. 32 D. de proc. 3, 3 oben Bd I §. 70 Note 30 lit. g). Auch die Note 14 u. 16 angeführten Fälle sind auf das Prinzip der Prävention zurückzuführen. (Es entscheidet daher auch die Ladung über die Prävention eines Gerichts, vgl. Österloh Lehrb. I §. 72 II §. 186 lit. a, und es hat der Kläger bis zur Insinuation die Wahl zwischen den concurrirenden Gerichtsständen; unrichtig Beidtel §. 60 Nr. 4.).

20) Auf das dem Schuldner zustehende Wahlrecht hat die Einleitung des Prozesses keinen Einfluß; insbesondere wird der Schuldner hiedurch, selbst wenn er durch die Ladung wirklich in Verzug kommt, seines Wahlrechts nicht verlustig, wie man früher öfters (aus Mißverständniß der l. 2 §. 3 D. de eo quod certo 13, 4) mit Unrecht meinte, vgl. Vangerow III S. 21. 22, Wächter Erörter. III S. 117 fg., Note 64, Mommsen Beiträge III S. 259 fg.

21) Übrigens ist bei alternativen Obligationen der wahlberechtigte Gläubiger nicht genöthigt, schon in der Klagschrift die Wahl zu treffen; er kann vielmehr alternativ klagen und die Auswahl erst bei der Exekution treffen (vgl. Wächter Erörter. III S. 117 Hdb. §. 71 Note 70 lit. a). Hätte der Wahlberechtigte schon früher gewählt, so ist er durch diese frühere Erklärung gebunden, und kann in der Klagschrift die getroffene Wahl natürlich nicht mehr ändern, §. 906 a. b. G. B. cf. l. 4 §. 2 l. 6 §. 2 l. 7 D. de leg. commiss. (18, 3).

der Klage[21a] unabänderlich, das jus variandi also aufgehoben, da nach österreichischem Recht überhaupt der Wahlberechtigte von der einmal getroffenen und der anderen Partei mitgetheilten Wahl für sich allein nicht mehr abgehen kann (§. 906 a. b. G. B.).

4) Bei Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, wie insbesondere bei der Eigenthums- und der Erbschaftsklage (§. 366 fg. §. 372 fg. §. 824 a. b. G. B.), muß der redliche Besitzer[22] von

---

21a) Nach röm. Recht entscheidet in der Regel die Litiscontestation; Vangerow VIII S. 19, Savigny Obl. R. I S. 392.

22) Über das Wesen der bonae fidei possessio im österr. Recht vgl. Unger in der österr. Vierteljahrsschr. I Nr. IV. — Der unredliche Besitzer haftet schon vom Beginn seines unredlichen Besitzes an für Dolus und Culpa (l. 45 D. de R. V. 6, 1 l. 25 §. 2 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5, 3 vgl. Savigny VI S. 167—169), ja nach österr. Recht sogar für den Zufall, der die Sache bei dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, §§. 335. 338 a. b. G. B. (vgl. Zeiller II S. 81; über die Beschränkung der Haftung des unredlichen Besitzers auf den Zufall, der die Sache bei dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, vgl. Savigny §. 274). Diese letztere Bestimmung, welche das bürg. Gesetzb. im Einklang mit älteren Schriftstellern (vgl. Glück VIII S. 243 fg. und selbst noch Mühlenbruch Lehrb. §§. 271. 355) und nach dem Vorbild des preuß. Landrechts (A. L. R. I 7 § 241) getroffen hat, läßt sich nicht billigen (vgl. Bd I §. 56 Note 27). Die Ansicht, wonach jeder unredliche Besitzer vom Moment seines unredlichen Besitzes an in einer s. g. mora ex re befindlich sein soll, ist durch die Generalisirung der römischrechtlichen Bestimmung entstanden, daß der Dieb und der gewaltsame Besitzer (also diejenigen, welche durch ein Delikt den Besitz erworben haben) für den Zufall einstehen müssen (l. 8 §. 1 l. 17 l. 20 C. de cond. furt. 13, 1 l. 19 D. de vi 43, 16 vgl. Madai Mora S. 179 fg., Wächter Erörter. III S. 131 fg., Mommsen Beiträge III S. 76 fg.). Diese Generalisirung ist aber ganz unpassend, weil die Mora nur in obligatorischen Verhältnissen möglich ist (a. A. wie ich glaube mit Unrecht Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd III S. 259), der unredliche Besitzer als solcher (wenn er sich nemlich nicht durch ein Delikt in den Besitz gesetzt hat) zu dem Eigenthümer in keinem obligatorischen Verhältniß steht (§. 1 I. de act. 4, 6), und von einer schuldhaften Verzögerung in der Erfüllung der Restitutionsverbindlichkeit um so weniger die Rede sein kann, als der malae fidei possessor oft gar nicht weiß, wer der wahre Eigenthümer der Sache ist. Die heutigen gemeinrechtlichen Schriftsteller sind mit Recht darüber einig, daß der unredliche Besitzer als solcher nicht schon vom Anfang seiner malae fidei possessio, sondern erst von dem Beginn des Prozesses an (Insinuation resp. L. C.) für den Zufall einzustehen habe l. 36 §. 3 l. 40 pr. D. de H. P. 5, 3 (vgl. Savigny VI S. 177—183, Vangerow I S. 741, Arndts §. 167): daß er m. f. possessor aber von diesem Moment an für den Zufall haftet, erklärt sich nicht etwa aus einer angeblichen Mora, in der er sich jetzt befindet (wie man öfters annimmt, so z. B. Mommsen III S. 79), sondern daraus, daß der Grundsatz, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset, auf den unredlichen Besitzer in voller Strenge angewendet wird, l. 40 pr. cit. (vgl. auch Savigny VI S. 179. 180). — Der zufälligen Verschlechte-

der Zustellung der Klage an[23] für die gehörige Bewahrung und Verwaltung der streitigen Sache Sorge tragen, um sie dem siegenden Kläger restituiren zu können, resp. für den Mangel dieser Sorgfalt einstehen (§. 338 a. b. G. B.). Von der Zeit der Klagmittheilung an kann daher der redliche Besitzer die streitige Sache, die er jetzt als eine möglicherweise fremde betrachten muß[23a], nur mehr auf seine Gefahr veräußern[24], und er haftet von diesem Moment an für

---

rung der Sache steht in diesem und in allen anderen Fällen, von denen hier die Rede ist, die Preisverminderung gleich; vgl. Savigny VI §. 277.

23) Für dasjenige, was vor der Ladung mit der Sache geschehen ist, haftet der redliche Besitzer nicht, l. 31 §. 3 D. de H. P. (5, 3) — quasi rem suam neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem — l. 25 §. 11 eod §. 329 a. b. G. B. (Die Marginalrubrik zu diesem § stellt unpassender Weise in der früher beliebten Manier, recht viele commoda possessionis aufzuzählen — vgl. Savigny Recht des Besitzes §. 3 —, dasjenige als ein „Recht des redlichen Besitzes" hin, was, wie sich schon aus den Worten des §. 329 selbst ergibt, nur die Befreiung von einer Verantwortlichkeit ist, vgl. Ihering Abhandl S. 97 und oben Bd I §. 24 Note 32.)

23a) l. 10 C. de acq. poss. (7, 32) — ex interposita contestatione et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet.

24) Ist die Veräußerung unfreiwillig (oben §. 94 Note 16. 17), z. B. wenn die streitige Sache bei längerer Aufbewahrung verderben würde (cf. l. 15 §. 1 D. de R. V l. 5 pr. D. de H P.) oder im Fall einer Expropriation, so hat der Beklagte bloß den Preis herauszugeben, den er für die Sache erhielt resp. die Klage auf den Preis zu cediren (l. 15 §. 1. 2 D. de R. V.), während in den Fällen pflichtwidriger Veräußerung der Beklagte dem Sieger nicht den für die veräußerte Sache erhaltenen Preis herauszugeben, sondern ihren (außerordentlichen) Werth zu erstatten hat, §. 378 a. b. G. B. (vgl. Ihering Abhandl. S. 70 fg.). — Unveräußerlich wird nach österr. Recht die streitige Sache nicht (mit Unrecht behauptet Beidtel §. 61 Nr. 1 unter Berufung auf §. 378 a. b. G. B. das Gegentheil): eine Litigiosität des Streitgegenstandes (res litigiosa) in dem Sinn, daß die vom Beklagten nach der Ladung vorgenommenen Veräußerungen ungültig wären, wie nach röm. Recht (vgl. hierüber Bachofen Ausgewählte Lehren des röm. Civilr. Abh. II, Brinckmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität 1849, Vangerow I S. 287 fg., über die heutige sehr beschränkte und vielfach modificirte Anwendbarkeit der röm. Vorschriften vgl. besonders Zimmermann im civ. Arch. Bd XXXV S. 431 fg. Bd XXXVI S. 49 fg. und Bayer Vortr §. 174 Nr. IV), gibt es nach österr. Recht nicht. Vielmehr sind die vom Beklagten vorgenommenen Veräußerungen vollkommen gültig, und der Kläger muß gegen den Erwerber eine neue Klage anstellen, um zu seiner Sache zu kommen (§. 378 a. b. G. B. vgl. §. 306 A. G. O.), indem er die Exekution nicht (wie nach heutigem gemeinen Recht) unmittelbar gegen den Erwerber der res litigiosa richten kann: zur Abwendung dieser (und anderer) Gefahr hat der Kläger (nicht auch, wie Stubenrauch I S. 677 behauptet, der Beklagte) das Recht, die Sequestration der streitigen Sache zu verlangen, §. 293 A. G. O. §. 427 prov. C. P. O. Eine wahre Litigiosität findet nach österr. Recht nur in dem Fall statt, wenn auf Löschung

absichtliche (dolose) und fahrlässige (culpose) Zerstörung und Verschlimmerung, sowie für das Abhandenkommen der Sache (§. 378 a. b. G. B.), nicht aber auch für den Zufall, der die Sache bei dem Kläger nicht getroffen hätte (§. 338 a. b. G. B.)[25]. Man pflegt zur Bezeichnung dieses Verhältnisses den Ausdruck zu gebrauchen, der redliche Besitzer werde durch die Zustellung der Klage zum unredlichen Besitzer, eine Ausdrucksweise, welche sich in den Quellen des römischen Rechts findet (l. 25 §. 7 D. de H. P. 5, 3 Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam cf. l. 20 §. 11 l. 21 §. 3 eod. l. 2 C. de fruct. 7, 51), und in das bürgerliche Gesetzbuch (§. 338 und Marginalrubrik dazu[26]) übergegangen ist. Diese Bezeichnung ist unpassend[27], da der redliche Besitzer durch die Insinuation der Klage als solche zwar erfährt, daß der Kläger das fragliche Recht in Anspruch nimmt, nicht aber auch stets und nothwendig die Überzeugung gewinnt, daß dem Kläger das beanspruchte Recht auch wirklich zustehe[28]. Der redliche

eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Rechts geklagt, und vom Kläger bei Überreichung der Klage oder später schriftlich darum angesucht wird, daß die Streitigkeit angemerkt werde, welche Streitanmerkung die Unveräußerlichkeit des Rechts (in dem oben §. 94 Note 14 angegebenen Umfang) zur Folge hat; Hofdekret 29. August 1818 Nr. 4, Hofdekret 27. März 1846 (Michel I Nr 737 II Nr. 1447, Auffez Handb. des Tabularverfahrens 1857 §. 39). Ebensowenig werden Klagansprüche nach österr. Recht durch die Klagmittheilung unveräußerlich, wie dieß nach gemeinem Recht der Fall ist (l. 2 l. 4 C. de litig. 8, 37, vgl. Mühlenbruch Cession §. 31, Arndts §. 113 Anm. 4 lit. h): die actio litigiosa kann immerhin cedirt werden (was sicher zu billigen ist, vgl. Sintenis Civilr. I S. 339), nur muß natürlich der Cessionar den Prozeß in der Lage übernehmen, in welcher er sich bei der Abtretung der litigiosen Klage befand.

25) l. 40 pr. D. de H. P. (5, 3) Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere l. 16 pr. D. de R. V. (6, 1) — non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. cf. l. 21 l. 27 §. 1 eod. vgl. Savigny VI S. 179—181.

26) Der §. 338 a. b. G. B. steht nach dem Vorbild des preuß. Landr. (A. L. R. I 7 §. 222 vgl. Savigny VI S. 96 fg.) unpassender Weise in dem Hauptstück vom Besitz, während er, gleich den §§. 330—336, in das Hauptstück von dem Eigenthumsrecht (zur Lehre von der Eigenthumsklage) gehört, vgl. §. 379 a. b. G. B.

27) Dieß wird jetzt allgemein anerkannt, vgl. Kierulff Theorie I S. 277 fg. Note *, Buchka Einfluß I S. 211 fg., Wächter Erörter. III S. 106 fg., Savigny VI S. 84—92, während früher Viele anderer Ansicht waren vgl. z. B. Sintenis Erläuter. S. 167 fg. und Civilr. I S. 332).

28) Allerdings kann aber unter Umständen der Beklagte durch die Mittheilung der darnach abgefaßten und instruirten Klage sofort zur Überzeugung kommen,

Besitzer kommt denn auch in der That durch die bloße Mittheilung der Klage nicht in dieselbe Lage, in welcher sich der unredliche Besitzer (nach römischem Recht vom Beginn des Rechtsstreits, nach österreichischem Recht vom Anfang seines unredlichen Besitzes an) befindet, was sich sowohl in Ansehung des Zufalls zeigt, für welchen der beklagte redliche Besitzer nur dann einzustehen hat, wenn er muthwillig (§. 338 a. b. G. B.), das heißt im Bewußtsein seines Unrechts prozessirt (litigare maluit quam restituere), als in Ansehung der zu restituirenden Früchte (vgl. Nr. 5).

5) Bei Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, umfaßt die Verurtheilung auch die omnis causa (Bd I S. 430)[29]: der Besitzer haftet von der Mittheilung der Klage an für alle Erweiterungen der Sache, also für den Zuwachs und zwar insbesondere für die (natürlichen und bürgerlichen[29a]) Früchte[30]. Was namentlich

---

daß ihm die Sache nicht gehöre: in einem solchen Fall entsteht dann durch die Ladung die mala fides des Besitzers (cf. l. 25 §. 5 D. de H. P. 5, 3), und von einem solchen Fall ist der Schlußsatz des §. 338 a. b. G. B. zu verstehen. Wenn also der Besitzer durch die Mittheilung der Klage wirklich in malam fidem kommt, so haftet er von der Zustellung der Klage an als m. f. possessor: ob er aber durch die Ladung die conscientia rei alienae erlangt, ist eine quaestio facti, vgl. Wächter Erörter. III S. 408 Note 48. 50.

29) Vgl. über den Umfang der Verurtheilung in dieser Beziehung Savigny VI §. 265—267. Das bürgerl. Gesetzb. spricht in den §§. 912. 913 von den „Nebengebühren" (über die Stellung dieser §§. vgl. Bd I §. 61 Note 41, über den Ausdruck „Nebengebühren" Bd I §. 53 Note 12): der erste Satz des §. 913 steht jedoch an unpassendem Ort, da es sich in den §§. 912. 913 nicht darum handeln kann, wer das Eigenthum an dem Zuwachs einer Sache erwirbt, sondern darum, ob der Gläubiger, der aus einer Obligatio den Anspruch auf Herausgabe einer Sache erhebt, auch die Früchte als „Nebengebühren" zu fordern berechtigt sei.

29a) Cf. l. 62 pr. D. de R. V. l. 19 pr. i. f. D. de usur. (22, 1).

30) So verhält es sich z. B. bei der actio confessoria l. 5 §. 5 D. si ususfr. petat. (7, 6) l. 19 §. 1 D. de usur. (22, 1) bei der actio hypothecaria l. 16 §. 4 D. de pign. 20, 1 (vgl. Vangerow I §. 370 Nr. II, Arndts §. 378; dieß wird bei uns gewöhnlich übersehen), ebenso bei der actio finium regundorum l. 4 §. 2 D. fin. reg. (10, 1) und bei der actio ad exhibendum l. 9 §. 5—8 D. ad exhib. (10, 4) welch letztere Klagen zwar actiones personales sind, aber gegen den Besitzer als solchen gehen; das Gleiche gilt, wenn der Verkaufsberechtigte die Klage aus dem §. 1079 a. b. G. B. anstellt. (Der §. 1079 bestimmt zwar, daß „im Fall eines dinglichen Verkaufsrechts die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden kann und dieser nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt wird": allein diese von unseren Schriftstellern ohne Bedenken hingenommene Bestimmung, welche die bereits oben §. 98 Note 19 gerügte Gleichstellung des persönlich Verpflichteten mit dem Sachbesitzer festsetzt, verträgt keine strenge

die Eigenthums= und Erbschaftsklage betrifft, so haftet nach österreichischem Recht der **unredliche** Besitzer schon vom Anfang seines unredlichen Besitzes an für die Früchte, welche der Kläger nach **seinen** individuellen Verhältnissen hätte ziehen können (§§. 335. 824 a. b. G. B.): für den unredlichen Besitzer ist daher die Mittheilung der Klage nach österreichischem Recht [31] auch in dieser Beziehung ohne weitere Bedeutung. Der **redliche** Besitzer dagegen haftet erst von der Ladung an für die Früchte, und zwar sowohl für die bezogenen [32] als für jene, die er nach **seinen** Verhältnissen hätte ziehen können (Bd I §. 13 Note 50) [33]: die vor der Ladung bezogenen, wenngleich noch vorhandenen Früchte (fructus exstantes) bleiben nach österreichischem Recht dem redlichen Besitzer (§. 330 a. b. G. B.), und zwar selbst im Fall einer Erbschaftsklage (§. 824 a. b. G. B.) [34].

Durchführung. Oder wird man wohl behaupten wollen, daß der dritte Besitzer einer Sache, worauf das Vorkaufsrecht einverleibt ist, alle inzwischen gezogenen Früchte herausgeben oder gar für den Zufall einstehen müsse, der die Sache bei dem sein Vorkaufsrecht geltend machenden Berechtigten nicht getroffen hätte? Jene Bestimmung kann wohl nur den Sinn haben, daß der dritte Besitzer für dolose und culpose Zerstörung oder Deterioration der Sache haftet, daß er auf Herausgabe der Sache belangt, von der Ladung an auch für die Früchte einstehen muß, und daß in Ansehung des Aufwands die Vorschriften der §§. 331 fg. zur Anwendung kommen; vgl. auch **Gerber** System §. 176.)

31) Anders nach gemeinem Recht; hienach haftet der unredliche Besitzer **vor** der Ladung (resp. **vor** der L. C.) für die gezogenen Früchte und für jene, welche er nach seinen Verhältnissen hätte ziehen können; nach der Ladung (der L. C.) für die Früchte, welche der Kläger nach seinen individuellen Verhältnissen hätte ziehen können; vgl. **Wächter** Erörter III S. 133, **Vangerow** I S. 743 fg. Über die gemeinrechtliche Controverse in Ansehung des doppelten Maßstabs bei fructus percipiendi vgl. Bd I §. 56 Note 27.)

32) Hat der redliche Besitzer die **nach** der Ladung bezogenen Früchte verzehrt oder veräußert, oder sind sie durch seine Schuld zu Grunde gegangen, so haftet er für ihren Werth §. 27 I. de off. jud. 4, 17 l. 22 C. de R. V. 3, 32 (vgl. **Savigny** S. 107), doch gilt auch hier das Note 24 a. A. Gesagte. Sind die Früchte durch Zufall zu Grunde gegangen, so haftet der redliche Besitzer auch nach der Ladung nicht (§. 338 a. b. G. B.), wohl aber der unredliche Besitzer (vor und nach der Ladung).

33) Also auch hier hat die Gleichstellung des b. f. possessor nach der Ladung mit dem m. f. possessor (§. 338 a. b. G. B.) nicht die Bedeutung, daß jener in Ansehung der Früchte durchaus wie dieser behandelt würde, l. 2 C. de fruct. (7, 51) l. 1 §. 1) C. de H. P. (3, 31).

34) Anders und besser nach röm. Recht l. 40 §. 1 D. de H. P. (5, 3) vgl. **Arndts** § 533. Das bürg. Gesetzb. stellt unpassender Weise den beklagten Erbschaftsbesitzer, soweit es sich um die Herausgabe der Früchte und den Ersatz des gemachten Aufwands handelt (nicht auch in anderer Beziehung, vgl. auch **Stuben**=

6) Auch der Schuldner, welcher mit einer persönlichen (nicht gegen den Besitzer als solchen gehenden) Klage belangt wird, ist im Fall der Verurtheilung verpflichtet, für die gezogenen und versäumten Früchte der geschuldeten Sache von der Ladung an einzustehen, sollte er nicht etwa schon von einem früheren Zeitpunkt an (zufolge Vertrags, eigenthümlicher Beschaffenheit der Obligatio, gesetzlicher Bestimmung oder eingetretener Mora) zur Prästation der Früchte verpflichtet sein[35]. Ebenso haftet der Schuldner von dem Zeitpunkt der Klagmittheilung an für omnis culpa, sollte er auch vorher nur zu einem geringeren Grad der Sorgfalt verpflichtet gewesen sein[36]. Für den Zufall haftet er jedoch in Folge der

rauch II S. 819 fg.) dem beklagten Sachbesitzer gleich; vgl. gegen diese Behandlungsweise Wächter Entwurf S. 53 fg.; das Nähere im Erbrecht.

35) l. 2 D. de usur. (22, 1) Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestata causam praestetur, cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet l. 38 §. 7 eod. – Quod si acceptum sit judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici l. 31 pr. D. de R. C. (12, 1) Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset. Vgl Savigny VI S. 110 — 112. Die Klagmittheilung wird also in jenen Fällen praktisch wichtig, in welchen die Regel des §. 913 a. b. G. B. eintritt, wonach „wegen eines bloß persönlichen Rechts der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebühren hat." So muß z. B. der Schenker von der Klagmittheilung an dem Beschenkten die Früchte der geschenkten Sache herausgeben; nach österr. Recht gehören aber auch (unter Umständen) die Obligationen aus einem Kauf- oder Tauschvertrag hieher (cf. l. 38 §. 15 D. de usur. 22, 1) §§. 1050. 1051. 1064 a. b. G. B. (anders nach röm. Recht, da dem Käufer das commodum rei vom Abschluß des Kaufs an ebenso gebührt, wie ihn andererseits das periculum rei trifft, l. 13 §§ 10. 11. 13. D. de A. E. V. 19, 1 l. 7 pr. D de pericul. 18, 6 l. 4 §. 1 D. de usur. 22, 1 l. 38 §. 8 D. eod. vgl. Arndts §. 302 Nr. 1); während dagegen nach röm. Recht die Klagen aus Legaten hieher gehören l. 51 pr. D. fam. hercisc. 10, 2 l. 4 C. de usur. et fruct. 6, 7 vgl. Savigny VI S. 154 — 156), verhält sich dieß nach österr. Recht anders, da man nach §. 686 a. b. G. B. vielmehr sagen muß: in legatis fructus non post litem contestatam, sed ex die mortis consequuntur.

36) Vgl. Vangerow I S. 286. Für das österr. Recht ist dieß jedoch von geringerer praktischer Bedeutung, da nach demselben in jenem obligatorischen Verhältniß für omnis culpa gehaftet wird (oben §. 102 Note 23): es müßte somit dem Schuldner vertragsmäßig die Prästirung eines geringeren Grades von Sorgfalt eingeräumt worden sein, damit jene Wirkung der Klagmittheilung hervortrete.

Klagmittheilung nicht[37], es müßte denn sein, daß er im concreten Fall (zufolge besonderer Umstände) durch die Insinuation der Klage in Verzug gesetzt worden wäre. So wenig nemlich die Mittheilung der Klage an sich den Besitz zum unredlichen macht (Nr. 4), so wenig setzt die Zustellung der persönlichen Klage gleich der Interpellation überhaupt den Schuldner unbedingt in Verzug[38], da die Mora im technischen Sinn die grundlose widerrechtliche (verschuldete[39]) Verzögerung der schuldigen Leistung ist, der

37) Vgl. Buchka Einfluß I S. 218 fg., Savigny VI S. 171 fg., Vangerow I S. 286.

38) Daß der Schuldner durch die Klagmittheilung als solche in Verzug gerathe, wurde in älterer und neuerer Zeit besonders aus Mißverständniß der l. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1, vgl. über diese Stelle Savigny VI §. 264 Note d und g §. 273 Note k, Mommsen Beiträge III S. 58) von gemeinrechtlichen Schriftstellern vielfach behauptet (z. B. Martin Theorie des gem. bürg. Prozesses §. 152 Vorles. II S. 140, Sintenis Erläuter. §. 15. 16., Höpfner Beiträge zur civil. Praxis I S. 191); vgl. dagegen Kierulff Theorie I S. 277 fg. Savigny VI S. 81—84, Vangerow I S. 284 fg., Wächter Erört. III S. 119, Buchka Einfl. II S. 165. 166, Wetzell I §. 14 Note 53. Auch unsere Schriftsteller behaupten auf Grundlage des §. 1334 a. b. G. B., daß der Schuldner durch die Ladung (wie Beidtel §. 60 Nr. 7 meint, sogar durch die Anstellung der Klage) unbedingt in Verzug komme; diese Behauptung ist jedoch unrichtig, vgl. Note 41.

39) Daß die technische (s. g. subjektive) Mora eine besondere Art der Verschuldung bildet, daß somit den Säumigen die nachtheiligen Folgen des straffälligen Verzugs nicht treffen, wenn die rechzeitige Erfüllung oder Ausnahme aus einem dem Säumigen nicht zuzurechnenden Grund unterblieben ist, darüber vgl. Vangerow III §. 588 Anm. 1 (gegen Schömann Schadenersatz II S. 10 fg. Handb. des Civilr. II S. 291 fg.), Mommsen Beitr. III §. 8 S. 56 fg., Brinz Pandekt. I S. 550 (der mit Recht bemerkt, daß „die Mora, wenn wir sie nicht als den bloßen [s. g. objektiven] Verzug, sondern als den straffälligen Verzug denken, eine Verschuldung nicht bloß voraussetzt, sondern selbst ist"). Diese Auffassung der Mora, welche auch schon in der älteren Schule die herrschende war (vgl. Glück Comment. IV §. 328; Bd VIII S. 426. 427 hat sich Glück an Schömann's Theorie angeschlossen), darf wohl auch für das heutige österr. Recht geltend gemacht werden, da das Gesetzbuch, bei seinen dürftigen Bestimmungen über die Mora (§§. 1333. 1334. 1419. §. 965) sich über das Wesen und die Voraussetzungen derselben nicht bestimmt ausspricht, und die Stellung der §§. 1333. 1334 im Hauptstück zum Schadenersatz (vgl. §§. 1295. 1306. 1311) vielmehr annehmen läßt, daß der Verzug, um nachtheilige Folgen für den Säumigen zu erzeugen, ein verschuldeter sein müsse; vgl. auch Stubenrauch III S. 561. 562, Dworzack in der österr. Vierteljahrsschr. II S. 199 Note 1. (Zeiller III S. 770. 771 dagegen adoptirt die Schömann'sche Doktrin, die er mit Unrecht in's Gesetzbuch hineintragen will, und wird somit von Stubenrauch III S. 562 Note* mit Unrecht als conform angeführt.) Man kann sich für das

Beklagte aber immerhin guten Grund haben mag, es auf den Rechtsstreit ankommen zu lassen (Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. l. 63 D. de R. J.[40]). Durch die Klagmittheilung (§. 1334 a. b. G. B.) kommt der Schuldner sonach nur dann in Verzug, wenn er statt sofort zu erfüllen muthwilliger (frivoler) Weise (temere) d. i. im Bewußtsein seines Unrechts Prozeß führt; vergl. bürg. Gesetzb. §. 338 a. E. (l. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1 Et hic moram videtur facere, qui litigare maluit, quam restituere)[41].

Gegentheil auch nicht auf §. 1334 a. b. G. B. berufen, welcher lediglich die Interpellation als Entstehungsgrund der Mora anführe: denn allerdings entsteht von diesem Moment an der (s. g. objektive) Verzug; ob aber der Verzug ein straffälliger, also verschuldeter sein müsse, um nachtheilige Wirkungen hervorzubringen, ob und welche excusationes a mora stattfinden, darüber gibt jener § keinen Aufschluß, so daß dieß zu beurtheilen lediglich Aufgabe der Theorie ist (l. 32 D. de usur. 22, 1 l. 91 §. 3 D. de V. O. 45, 1, vgl. auch Stubenrauch III S. 562 Note *. Übrigens verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß auch Schömann Hdb. II S. 324 fg. 330 fg. der Ansicht ist, der Beklagte als solcher sei nicht in mora, die Ladung als solche bringe den Schuldner nicht in Verzug, in diesen gerathe nur derjenige Schuldner, welcher dolose den verdammenden Anspruch erwarte, nicht auch jener der juste ad judicium provocire (S. 331): die Meinungsverschiedenheit betrifft somit gar nicht die subjektiven Excusationsgründe, worauf es hier allein ankommt, sondern lediglich den Umfang der objektiven Entschuldigungsgründe (Note 41).

40) l. 24 pr. D. de usur. (22, 1) Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur, fecisse moram (utique si juste i. e. sine dolo malo) ad judicium provocavit. l. 3 pr. l. 21 l. 22 l. 47 D. eod.

41) Die Excusationsgründe des Schuldners von der Mora sind doppelter Art (vgl. Mommsen III §. 8): subjektive, welche sich auf das Bewußtsein des Schuldners beziehen (entschuldbare Unbekanntschaft mit der Existenz der Schuld l. 42 D. de R. J., entschuldbarer Zweifel an der Höhe des geforderten Betrags l. 99 D. de R. J. vgl. Savigny VI S. 82); objektive, welche auf der zeitweiligen Unmöglichkeit der Leistung beruhen (cf. l. 5 D. de R C. 12, 1 z. B. Verhinderung des Schuldners durch räuberischen Überfall, durch Überschwemmung oder Krankheit). Was die letzteren Gründe anbelangt, hat Schömann S. 301 fg (auf Grundlage der mißverstandenen l. 137 §. 4 D. de V. O 45, 1 vgl. Vangerow III S. 206, Mommsen §. 8 Note 26) die unhaltbare cf. l. 23 pr D. h. t. 22, 1) Lehre aufgestellt, daß nur ein s. g. Sachmangel (äußere Hindernisse, impedimenta naturalia), nicht aber ein s. g. Personenmangel (z. B Krankheit) von der Verpflichtung, für die nachtheiligen Folgen des Verzuges einzustehen, entbinde, und dieser Ansicht pflichtet Zeiller III S. 770. 771 mit unrichtiger Berufung auf §. 1311 a. b. G. B.) vgl. oben §. 100 Note 13) bei: auf diese Ansicht näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Was aber die hier allein relevanten subjektiven Excusationsgründe betrifft, so erkennt sie Schömann geradezu an

7) Ist der Gegenstand der (persönlichen oder Erbschafts-) Klage eine Summe Geldes[42], so muß der Beklagte von der Mittheilung der Klage an vom schuldigen Capital (vierprozentige §. 995 a. b. G. B.) Zinsen bezahlen (s. g. Prozeßzinsen[43]). Diese Prozeßzinsen

(vgl. Note 39) Zeiller aber und unsere übrigen Schriftsteller erwähnen ihrer, so viel ich finde, gar nicht. Dennoch muß man sie gewiß auch nach österr. Recht gelten lassen, wenn man nicht in Widerspruch mit §. 338 a. C. jeden Schuldner nöthigen will, propter metum hujus periculi indefensum jus suum relinquere (l. 40 pr. D. de H. P. 5, 3), und ihn nicht in die Zwangslage versetzen will, auf jede (gerichtliche oder außergerichtliche) Aufforderung hin sofort das Geforderte zu leisten, um nur nicht im Fall der Sachfälligkeit in alle Nachtheile der mora solvendi zu gerathen. Wird wohl jemand zu behaupten wagen, daß der B, welcher von A zur Herausgabe einer Sache, welche dieser bei A's Erblasser deponirt zu haben behauptet, gerichtlich oder außergerichtlich aufgefordert wird, vom Tag nach der geschehenen Einmahnung an (§. 1334 a. b. G. B.) für den casuellen Untergang der geforderten Sache einzustehen unbedingt verpflichtet sei, obgleich er mit gutem Grund daran zweifeln konnte, daß die geforderte Sache wirklich von A deponirt worden sei? (cf. l. 42 D. de R. J. Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur). — Natürlich ist es Sache des Schuldners, der schon durch die Interpellation in Verzug gesetzt wird, sich a mora zu excusiren, da es überhaupt Sache des Beschuldigten ist, das Dasein eines Entschuldigungsgrundes zu behaupten und zu beweisen (vgl. oben §. 123 Note 25 §. 124 Note 24): ob der Beklagte insbesondere als muthwillig prozessirend anzusehen sei oder nicht, wird sich schon aus dem richterlichen Ausspruch über die Prozeßkosten ergeben, vgl. §. 398 lit. a. b. A. G. O. §. 573 lit. a. b. prov. C. P. O.

42) Ist die Klage nicht auf eine Geldsumme als Quantität, sondern auf individuelle Geldstücke gerichtet, so sind keine Prozeßzinsen zu bezahlen (vgl. Buchka Einfluß I S. 265, Savigny VI S. 149), so z. B. wenn mit der Eigenthumsklage (§. 371 a. b. G. B.) oder mit der actio depositi oder commodati die Herausgabe bestimmter Geldstücke gefordert wird, da der Beklagte, ohne widerrechtlich zu handeln, die geforderten Geldstücke während des Prozesses gar nicht veräußern kann (l. 62 pr. D. de R. V. 6, 1 Glück VIII S. 296 fg., Savigny VI §. 271 Note h). — So wie Verzugszinsen immer nur von einer geschuldeten Geldsumme gefordert werden können (Hofdkrt. 18. Jän. 1842 Anh. Nr. 75 vgl. Savigny VI S. 137, Mommsen III S. 236), so sind auch Prozeßzinsen nur von Geldsummen als Streitgegenstand zu bezahlen, vgl. Savigny VI S. 144. 145.

43) Über die Prozeßzinsen vgl. insbes. Savigny VI §. 270. 271, Buchka Einfluß I §. 10 II §. 22. Daß bei der Erbschaftsklage von der Ladung (resp. der L. C.) an Zinsen von dem in der Erbschaft befindlichen Geld gezahlt werden müssen, ist unzweifelhaft l. 20 §. 11 l. 51 §. 1 D. de H. P. (5, 3) l. 1 §. 1 C. eod. (3, 31) vgl. Savigny S. 149 fg.; dagegen ist es unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern sehr streitig, ob auch bei persönlichen Klagen von der Ladung (oder der L. C.) an Prozeßzinsen zu bezahlen seien (dafür Savigny und Buchka a. a. O., Vangerow I S. 285, Arndts §. 251 Anm. 3, Bayer Vortr. S. 564, Osterloh Lehrb. II §. 186 lit. f., Koch Prozeß I §. 172 Note 9; dagegen Wächter Erörter. II S. 54 III S. 106, Wetzell System I §. 14 Note 55). Der Grund der Verpflichtung zur Zahlung von Prozeßzinsen liegt darin, daß die Zinsen die

treten jedoch nur dann selbständig hervor, wenn der Schuldner nicht schon ohnehin (höhere) Zinsen und zwar insbesondere Verzugszinsen zu zahlen hat, da in solchem Fall die Prozeßzinsen durch die höheren Vertrags- oder Verzugszinsen absorbirt werden[44].

juristische Natur der Früchte theilen (l. 34 D. de usur. 22, 1 Bd I §. 56 Nr. II), daher für sie dasselbe zu gelten hat, was für die natürlichen Früchte gilt, und daß auch in Ansehung der Zinsen das allgemeine Prinzip zur Anwendung gebracht werden muß, wonach der Kläger im Fall der Verurtheilung alles dasjenige erhalten soll, was er haben würde, wenn er beim Beginn des Rechtsstreits befriedigt worden wäre. Für das österr. Recht ist insbesondere die Bestimmung des §. 338 a. b. G. B. über die natürlichen Früchte zur analogen Anwendung in Ansehung der Zinsen zu bringen. Eine feststehende Praxis in Österreich erkennt denn auch ganz allgemein die Verpflichtung des Beklagten als solchen zur Zahlung von (Prozeß-) Zinsen an; sie weicht jedoch in doppelter Beziehung ab. Einmal darin, daß sie diese Zinsen Verzugszinsen nennt: dieß ist unpassend (man müßte denn hier unter Verzug die durch die Dauer des Rechtsstreits bewirkte Verzögerung verstehen), da diese Zinsen gerade derjenige Schuldner bezahlen muß, der nicht in Mora ist, der also nicht schon früher oder durch die Einleitung des Prozesses in Verzug gesetzt wurde (wird der Schuldner durch die Intervellation mit der Klage oder schon früher in Verzug gesetzt, so absorbiren die Verzugszinsen die Prozeßzinsen, der Schuldner zahlt dann als Moroser, nicht als Beklagter, Zinsen), und da auch der mit der Erbschaftsklage Belangte diese Zinsen zahlen muß, obwohl sich dieser doch nicht in Mora befinden kann. Ferner darin, daß sie (wie auch hin und wieder die gemeinrechtliche Praxis, vgl. Sintenis Erläut. S. 287, Buchka Einfl. II S. 165. 167) diese Zinsen schon vom Klagstag d. i. von der Anstellung der Klage an laufen läßt: diese Behandlung (wonach irriger Weise an der Bestimmung des aufgehobenen Hfd. 15. Jän. 1787 lit. m Wessely I S. 314 Note* festgehalten wird) widerspricht aber nicht nur der analogen Bestimmung des §. 338 a. b. G. B., sondern erscheint von dem Standpunkt jener Praxis um so ungerechtfertigter, als sie diese Zinsen Verzugszinsen nennt, und von einem Verzug doch nur dann die Rede sein kann, wenn der Schuldner interpellirt, d. h. wenn ihm die Mahnung, der er nicht Folge leistet, zugekommen ist; vgl. Mommsen Beitr. III S. 39 (Vgl. Stubenrauch III S. 561 Note †, der sich gleichfalls dagegen erklärt, daß die Zinsen bei einer gerichtlichen Einmahnung vom Tag der Klagüberreichung statt vom Tag der Klagzustellung gerechnet werden, im Übrigen aber gegen ihre Auffassung und Bezeichnung als Verzugszinsen nichts einwendet. Hoffbauer's Ausführungen im Juristen Bd V S. 335. 336 beruhen theils auf der irrigen Voraussetzung, daß jeder Klage nothwendig eine außergerichtliche Mahnung vorausgehen müsse, theils auf der unrichtigen Annahme, daß die Einmahnung den Schuldner unbedingt in Verzug setze.

44) Vgl. Savigny VI S. 139 fg. Prozeßzinsen treten besonders häufig hervor, wenn die eingeklagte Forderung in dem Sinn illiquid ist, daß über die Höhe der zu entrichtenden Geldsumme Zweifel herrscht (Savigny VI S. 147. 148) z. B. bei Entschädigungsklagen, da in diesem Fall, wenn über den Betrag der Forderung Streit ist, die Mora regelmäßig ausgeschlossen ist (l. 99 D. de R. J. Mommsen III S. 59 fg.). Ebenso können aber auch nach österr Recht wie nach römischem (l. 1. 2. C. de usur. 6, 47 Savigny VI S. 154 fg.) bei Forderungen

8) Wenn eine Klage gegen jemanden nur dann und insoweit stattfindet, wenn und insoweit derselbe durch ein gewisses Ereigniß bereichert ist (in quantum locupletior factus est), so ist nach österreichischem Recht[45] in der Regel der Zustand zur Zeit der Klagmittheilung entscheidend in Ansehung der Existenz und des Umfangs der Bereicherung[46].

III. Die Litiscontestation (Einlassung auf den Streit, Streitbefestigung) hat nach österreichischem Recht[46a] auf dem Gebiet des materiellen Rechts[47] nur die Wirkung[48], daß wer als vermeintlicher Besitzer belangt auf die Klage sich (dolo oder culpa) einläßt[49], als ob er wirklich besitze (qui liti se obtulit), zum Ersatz des Scha-

---

legirter Geldsummen Prozeßzinsen vorkommen, wenn der Erbe nicht etwa in Mora ist, da der Erbe die legirte Geldsumme nicht schon vom Todestag des Erblassers, sondern erst von der Mora oder der Ladung an zu verzinsen schuldig ist (vgl. Stubenrauch II S. 507 der mit Recht den §. 686 nicht auf das Legat einer Geldsumme bezieht, wie dieß z. B. von Zeiller II S. 628 und Ellinger Handb. ad §. 686 geschieht).

45) Nach röm. Recht entscheidet über die Existenz und den Umfang der Bereicherung in der Regel (Ausnahme im Erbrecht l. 36 §. 4 D. de H. P. 5, 3) die Litiscontestation; vgl. die in Note 46 angef. Stellen und l. 34 pr. D. de minor. (4, 4) l. 7 pr. §. 3 D. de donat. int. vir. (24, 1).

46) Hieher gehört nach österr. Recht z. B. der Fall, wenn der Pflegbefohlene ohne Einwilligung seines Vormunds ein Darlehen aufgenommen hat (cf. l. 5 pr. §. 1 D. de auctor. tutor. 26, 8), oder wenn dem Pflegbefohlenen ohne Bewilligung seines Vormunds resp. des Gerichts (§. 234 a. b. G. B.) Zahlung geleistet worden ist §. 1424 a. b. G. B. (l. 47 D. de solut. 46, 3 l. 4 D. de except. 44, 1); oder wenn der Handlungsunfähige ex re obligirt wird (l. 37 pr. D. de neg. gest. 3, 5); ferner die Verpflichtung des Erben des undankbaren Beschenkten zur Restitution des Geschenks §. 949 a. b. G. B. (§. 98 Note 22); deßgleichen bei manchen Bereicherungsklagen z. B. §. 1447. 1437 a. b. G. B. (das Nähere im Obl. R., vgl. vorläufig Vangerow III §. 625 Anm. 3, Arndts §. 341 Nr. 2).

46a) Über die Wirkungen der L. C. nach classischem röm. Recht vgl. Keller L. C. und Urtheil §. 15 fg.

47) Die prozessualischen Wirkungen der L. C. (stillschweigende Prorogation des Gerichtsstands, Präclusion der Einreden, Unzulässigkeit der Klagänderung oder Klagverbesserung) gehören in's Prozeßrecht.

48) Die Privatstrafe des Besitzverlusts, welche den seinen Besitz „vor Gericht" d. h. in der mündlichen oder schriftlichen Einrede läugnenden Beklagten trifft, §. 376 a. b. G. B. (l. 80 D. de R. V. 6, 1), ist nicht eine Wirkung der Streiteinlassung als solcher, sondern eine Folge der in der Beantwortung der Klage enthaltenen Unwahrheit. (Unrichtig in jeder Beziehung Beidtel §. 61 Nr. 2.)

49) Welche Folgen es habe, wenn der Nichtbesitzer sich vor der Einlassung als Besitzer ausgibt und dadurch den Kläger zur Anstellung der Klage gegen ihn verleitet, ist im Sachenrecht darzustellen; vgl. Vangerow I S. 734, Schmid Handb. des gem. bürgerl. Rechts II S. 280.

dens verpflichtet wird[50], welcher dem irregeführten[51] Kläger daraus erwächst, daß er gegen den Nichtbesitzer die Klage fortgesetzt hat, §. 377 a. b. G. B.[52].

---

50) Nach röm. Recht ist zu unterscheiden, ob sich der Nichtbesitzer dolos oder culpos auf den Prozeß eingelassen hat; im ersten Fall, also wenn er sich wider besseres Wissen (dolo) liti offerirt hat, wird er behandelt, als besäße er wirklich (s. g. fictus possessor; l. 131 D. de R. J. Dolus pro possessione est), d. h. die Klage wird gegen ihn fortgesetzt und er wird in den durch juramentum in litem bestimmten Werth der Sache condemnirt (l. 13 § 13 D. de H. P. 5, 3 — omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri l. 45 eod. l. 25 — 27 D. de R. V. 6, 1); hat sich dagegen der Beklagte irrthümlich (culpa) für den Besitzer gehalten und auf den Prozeß eingelassen, so wird er nicht als fictus possessor behandelt, sondern ist nur verpflichtet, den durch seine Culpa für den Kläger entstandenen Schaden zu ersetzen; vgl. Glück VIII S. 203 fg., Vangerow I S. 734 fg., Schmid a. a. O. II. S. 280. 281. 286, vgl. auch Arndts §. 167 Anm. 2. In früherer Zeit hat man jedoch öfters auf Grundlage der (mißverstandenen) l. 45 D. de H. P. 5, 3 (aestimari oportet, quanti ejus interfuit non decipi) die Behauptung aufgestellt, daß auch derjenige qui dolo liti se obtulit nicht auf den Sachwerth, sondern nur auf so viel zu condemniren sei, als durch seinen Dolus dem Kläger geschadet sei. Diese Ansicht, welche insbes. Gesterding in seiner, für das Verständniß der betreffenden Materien des bürgerl. Gesetzb. wichtigen, „Darstellung der Lehre vom Eigenthum" 1817 S. 319 vertheidigt hat, ist (nach dem Vorbild des preuß. Landr. I. 15 §. 12—14) in das bürgerl. Gesetzb. §. 376 übergegangen.

51) Kann der Nichtbesitzer, der sich auf den Streit eingelassen hat, darthun, daß der Kläger den Mangel seiner Passivlegitimation kannte, so ist er zu absolviren l. 45 D. cit. l. 25 l. 26 D. de R. V. (6, 1), Schmid Handb. II §. 15 Note 39; §. 377 „irre führt."

52) Es läßt sich nicht billigen, wenn unsere Schriftsteller (vgl. Zeiller II S. 150. 152, Ellinger ad §. 377 und neuerlich Stubenrauch I S. 749), im Einklang mit manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern (vgl. Glück VIII S. 197 fg., Gesterding Eigenthum S. 320) den §. 377 auch in dem Fall zur Anwendung bringen wollen, wenn der Beklagte, der die beanspruchte Sache alieno nomine besitzt, sich auf den Prozeß einläßt, statt den Auktor zu nominiren: der Inhaber ist ja der rechte Beklagte (§. 366 a. b. G. B. l. 9 D. de R. V. 6, 1), da er im Fall der Verurtheilung auch im Stande ist, dem Kläger gerecht zu werden: von einem Schaden, den dieser erleiden würde, kann daher keine Rede sein. Die Verbindlichkeit zur laudatio auctoris liegt dem beklagten Detentor nur seinem Auktor gegenüber, ob, dem er verantwortlich wird, wenn er den (verlorenen) Prozeß selbständig durchgeführt hat; dem Kläger gegenüber erscheint die nominatio auctoris nur als eine Rechtswohlthat, von welcher der Beklagte nach Belieben Gebrauch machen kann (§. 375 a. b. G. B. „kann sich dadurch schützen") vgl. Vangerow I S. 732. 733, Schmid Handb. II §. 15 Note 34.

C. Die Entscheidung des Rechtsstreites durch richterliches Urtheil.

I. Der Beweis.

1. Begriff des Beweises. Gegenstand der Beweisführung. Beweislast[1].

§. 129. I. Die Parteien haben ihre streitige Sache vor den Richter gebracht: sie erwarten von ihm die Entscheidung ihres Rechtsstreites. Jeder Theil hat Behauptungen aufgestellt, welche an sich zur Substantiirung seines Prozeßanspruchs, zur Rechtfertigung seiner Bitte um Verurtheilung oder Lossprechung genügen mögen: die Entscheidung des Rechtsstreits hängt nunmehr davon ab, daß der Richter von der Wahrheit jener prozessualischen Behauptungen überzeugt werde. Es genügt daher nicht, daß die Parteien Behauptungen aufstellen, sondern es müssen Gründe vorhanden sein oder beigebracht werden, damit der Richter ihre Behauptungen für wahr

1) Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 1780, 2. Ausg. mit Anmerk. von J. Fr. Jury 1805. Schneider Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerl. Rechtssachen 1803 (nach dieser 1. Aufl. wird hier citirt), 2. Aufl. von Hofmann 1842. Weber Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß 1805, 3. Aufl. mit Anmerk. u. Zusätzen von A. W. Heffter 1845 (nach dieser dritten Aufl. wird hier citirt). Nowack Der gerichtliche Beweis zum allgemeinen rechtlichen Gebrauch, vorzüglich in Böhmen 1805. H. E. Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises 1806. Petri Über die Beweislast 1806. Klötzer Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast 1813. Borst Über die Beweislast im Civilprozeß 1816, 2. Aufl. 1824 (nach dieser Aufl. wird hier citirt). Collmann Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilprozeß 1822. Bethmann-Hollweg Versuche 1827 Nr. V Über die Beweislast S. 319 fg. Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast 1852. Wirth Über das leitende Prinzip der Beweislast und Einreden im Civilprozeß 1852. Fitting Über den Begriff vom Haupt- und Gegenbeweis und verwandte Fragen 1853. Reinhold Beiträge zur Lehre von den Einreden und der Beweislast in der Gieß. Zeitschr. N. F. 1856 Bd XIII Nr. I u. VI. H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast 1858. Langenbeck Die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten Abth. I Gegenstand des Beweises, 1858 (eine Arbeit ohne selbständige Bedeutung und eigenen Werth). Vgl. auch Jordan im R. L. Bd II S. 108 fg. — Pratobevera Vom Beweise, in den Mat. II (1816) S. 1—91. Wagner Vorbegriffe aus der Theorie des Beweises im Civilprozeß, in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1829 II Nr. XXXIX S. 315 fg. Kitka Die Beweislehre im österr. Civilproz. 1836. Rizy Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung 1841. Haimerl im Magaz. Bd VII (1853) S. 1 fg. S. 165 fg. Vgl. auch Mattei Delle prove secondo il regolamento del processo civile 1855.

annehme. Der Inbegriff der Gründe für die juristische Wahrheit[2] einer prozessualischen Behauptung heißt Beweis[3]. Der Inbegriff

2) Die juristische Wahrheit (veritas juridica, forensis) ist eine (seit Möser Patriot. Phantas. IV S. 113) so genannte formelle, das heißt eine Wahrheit, deren Annahme auf gewissen festen (juristischen) Regeln beruht (vgl. Puchta Vorles. I S. 220), und die daher mit der s. g. materiellen (inneren, absoluten) Wahrheit, dem wahren objektiven Sachverhalt, nicht immer und nothwendig zusammenfällt (vgl. hierüber Gönner Handb. II Abh. 37 §. 7 Nr. 4, Gensler im civ. Arch. Bd I S. 30 fg., Pratobevera S. 13 fg., Fitting §§. 2. 6, Helmolt Beitrag §. 19). Der Beweis, auch wenn er vollständig erbracht ist, gibt nur s. g. juristische Gewißheit (certitudo juridica); da diese mit der s. g. natürlichen (absoluten) Gewißheit, d. h. jener, welche die Möglichkeit des Gegentheils durchaus ausschließt, nicht zusammenfällt, so ist gegen den Beweis Gegenbeweis (Note 19) möglich und zulässig; sind beide, Beweis und Gegenbeweis, in Ansehung derselben Behauptung geführt, so heben sie einander auf und stellen den fraglichen Umstand wieder als ungewiß hin, vgl. Pratobevera S. 72 fg., Gönner Handb. II Abh. 41 §. 11. (Die Lehre von der prozessualischen Collision des Hauptbeweises mit dem Gegenbeweis gehört in's Prozeßrecht; vgl. darüber Bolgiano in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XIII S. 206 fg. 331 fg., Bayer Vortr. §. 301 fg., Osterloh Lehrb. II §. 226, Haimerl in der österr. Vierteljahrschr. II S. 167 fg.

3) Bekanntlich herrscht darüber, was unter Beweis zu verstehen sei, große Meinungsverschiedenheit (vgl. die übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Definitionen bei Fitting §. 3 und Haimerl Magaz. VII S. 13 fg.). Bald verwechselt man den Beweis mit der Beweisführung, indem man den Beweis als Prozeßhandlung auffaßt, als die Handlung, wodurch dem Richter die juristische Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung verschafft werden soll (so z. B. Gönner Handb. II Abh. 37 §. 1 fg., insbes. §. 7, und im Grunde auch Langenbeck §. 1; vgl. dagegen schon Pratobevera Mater. II S. 8 Note *); bald verwechselt man den Beweis mit dem Resultat der gelungenen Beweisführung, die Ursache mit der Wirkung und versteht unter Beweis die bewirkte Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer prozessualischen Behauptung (so z. B. W. H. Puchta Dienst der deutschen Justizämter II §. 195); bald verwechselt man den Beweis mit dem Zweck der Beweisführung, also das Bewirkende mit dem zu Bewirkenden (so z. B. Haimerl S. 15 fg.); bald verwechselt man den Beweis mit Beweismittel (so z. B. Schneider §§. 2. 13), oder mit dem einzelnen Beweisgrund (so z. B. Wagner in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1829 II S. 326, vgl. dagegen Wagner selbst S. 327 Note *; ebenso Nippel Erläut. der A. G. O. I S. 250 fg.); bald stellt man zu noch größerer Verwirrung der Sache mehrere Bedeutungen dieses Ausdrucks auf (so z. B. Gensler im civ. Arch. I S. 29 fg., Glück Bd XXI §. 1144, und unterscheidet dann insbesondere eine subjektive und objektive Bedeutung (Beweis im objektiven und subjektiven Sinn), ohne über den hiemit zu verbindenden Sinn selbst wieder einig zu sein (vgl. z. B. Linde Lehrb. §§. 234. 235, Schmid Handb. II §§. 115. 116, Osterloh Lehrb. I §. 129). Die im Text gegebene Begriffsbestimmung findet sich schon bei Weber Abschn. I §. 2, Pratobevera S. 8, und insbes. bei Jordan im R. L. II S. 108 fg. (vgl. auch Linde in seinen Abhandl. I, S. 49), und ist in neuester Zeit durch die tüchtige (im Grunde

der Handlungen[3a], welche darauf gerichtet sind, dem Richter als solchem[4] Gründe zur Fürwahrnahme einer prozessualischen Behauptung zu verschaffen, ist das **Beweisen**, die **Beweisführung** (Beweisung[4a]).

II. Den **Gegenstand** der Beweisführung bilden im Allgemeinen die prozessualischen Parteibehauptungen, resp. der Inhalt der aufgestellten Behauptungen, das Behauptete. In der Regel sind es nur Behauptungen concreter **Thatsachen** (facta), s. g. faktische thatsächliche Behauptungen, welche bewiesen werden müssen: die

---

nur Jordan's Behauptungen weiter ausführende) Abhandlung Fitting's §§. 5—7 (dem auch Bayer Vortr. 8. Aufl. §. 234 bereits gefolgt ist) festgestellt und gegen Widerspruch gesichert worden. In der That lassen sich nur auf diese Weise alle Verbindungen und Beziehungen, in denen das Wort Beweis vorkommt, befriedigend erklären. Hienach ist der Beweis **hergestellt** (erbracht) oder **mißlungen**, je nachdem genügende Gründe für die juristische Wahrheit einer prozessualischen Behauptung herbeigebracht sind oder nicht; der Beweis wird **geführt**, das heißt es werden die betreffenden Gründe beigebracht; **Beweisthema** (Beweissatz) ist die Behauptung, für deren Wahrheit Gründe beizubringen sind; **Beweisgründe** (argumenta probandi l. 3 §. 2 D. de test. 22, 5 c. 27 X eod. 2, 20) sind die einzelnen concreten Gründe für die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung, welche vereinigt den Beweis ausmachen (z. B. die übereinstimmenden Zeugenaussagen, die eigene Wahrnehmung des Richters); **Beweismittel** (instrumenta, auxilia probandi l. 1 D. de fid. instr. 22, 4 X de test. cog. 2, 21) sind die Organe, welche zur Herbeischaffung eines Beweisgrundes dienen (z. B. Zeugen, gerichtlicher Augenschein), also Alles, was zur Begründung der Wahrheit einer prozessualischen Behauptung verwendet werden kann. (Unter Beweismittel im engeren Sinn versteht man jene Beweismittel, welche eine besondere prozessualische Handlung der beweispflichtigen Partei nöthig machen; vgl. Jordan im R. L. II S. 111.) — Über die verschiedenen Bedeutungen, in welchen man im gewöhnlichen Sprachgebrauch den Ausdruck Beweis nimmt, vgl. Walch in Martin's und Walch's Magaz. für den Prozeß I S. 63 fg.; über die verschiedenen Bedeutungen, in welchen der Ausdruck probatio im röm. und canon. Recht vorkommt, vgl. Fitting §. 7, und in Ansehung der österr. Prozeßgesetze Wagner S. 327, Haimerl S. 19. 20. (Durchaus unbefriedigend sind die Ausführungen von Schuster Die Civilprozeßordn. 2. Aufl. S. 263. 264.)

3a) Ob diese auf Herbeischaffung von Überzeugungsgründen gerichtete Thätigkeit von den Parteien oder von dem Richter ausgeht (der z. B. von Amtswegen einen Augenschein vornimmt oder einen Notheid auflegt) ist für den Begriff der Beweisführung gleichgültig (vgl. Fitting §. 8); in der Regel versteht man aber unter Beweisen eine Thätigkeit der Parteien (vgl. Bayer Vortr. S. 760).

4) Judici fit probatio l. 12 D. de prob. (22, 3) l. 3 §. 2 D. de test. (22, 5) vgl. Weber Verbindl. zur Beweisführ. Abschn. I §. 3 und Heffter im Summarium dazu S. 192. 193.

4a) Dieser Ausdruck wurde besonders in der älteren Zeit gebraucht, vgl. z. B. C. C. C. Art. 30, J. R. A. §. 45.

Rechtsregel[5], worauf eine Partei ihren Anspruch stützt, hat sie nicht zu beweisen (jura deducuntur, facta probantur), da der Richter ohnehin das objektive Recht kennen muß (jura novit curia c. 11 X de appell. 2, 28 Hofdkrt 15. Jänner 1787 lit. ii, Wessely Hdb. I Nr. 1606. So wie es aber Fälle gibt, in welchen die Partei die Rechtsvorschrift anführen muß, worauf sie sich stützt, da deren officielle Kenntniß vom Richter nicht erwartet werden kann (oben §. 123 Note 41), so gibt es auch Fälle, wo die Parteien ausnahmsweise die Existenz und Geltung eines behaupteten Rechtssatzes beweisen müssen[6].

Die Nothwendigkeit der Beweisführung findet aber auch in Ansehung behaupteter Thatsachen nur dann statt, wenn nicht bereits genügende Gründe für die Fürwahrannahme der aufgestellten Behauptungen vorhanden sind[7]: was schon juristisch gewiß ist, braucht nicht erst in den Zustand der Gewißheit erhoben zu werden; was schon als wahr feststeht, also bereits erwiesen ist, braucht nicht erst noch bewiesen zu werden[8]. Die Frage, welche Thatsachen aus diesem Grunde nicht beweisbedürftig seien (unbestrittene[9] und unbestreitbare[10] Thatsachen), beantwortet das Prozeßrecht.

---

5) Im Grunde gehört auch die Existenz und Geltung eines Rechtssatzes zu den Thatsachen, da alles Recht in der Zeit entsteht; allein der juristische Sprachgebrauch hat sich dahin festgestellt, daß man die Rechtssätze als die abstrakten Regeln und die Thatsachen als die concreten Lebenserscheinungen einander entgegensetzt und unter den letzteren nur die Thatsachen mit Ausschluß der Rechtssätze versteht, vgl. Reinhold S. 11 Note 1.

6) Die nähere Beantwortung der Frage, welche Rechtssätze bewiesen werden müssen (auswärtiges Recht, Gewohnheitsrecht) und wie die Existenz und Geltung von Rechtsregeln bewiesen werden könne, gehört in das Prozeßrecht; vgl. Weber Verbindl. II §§. 2. 3, Planck Beweisurtheil §. 28 und jetzt auch Langenbeck im civ. Arch. Bd XLI Nr. V S. 129—161 und in der Note 1 angef. Schrift S. 43—108; vgl. auch Pratobevera S. 42 fg., Kitka S. 156 fg., Haimerl im Magaz. VII S. 32 fg. und oben Bd I §. 40 a. E. S. 306. 307.

7) Vgl. Gensler im civ. Arch. I S. 340, Weber Verbindl. S. 24, Fitting §. 9.

8) Es braucht daher zwar nicht in jedem Prozeß eine Beweisführung stattzufinden, aber an einem Beweis, d. h. an Gründen für die Wahrheit der aufgestellten Behauptungen, kann es nicht fehlen, wenn anders dem Antrag der Partei Folge gegeben werden soll; vgl. Fitting S. 11 Note 18 S. 27 Note 3.

9) Die unbestrittene Thatsache ist die eingestandene; über das gerichtliche Geständniß, wodurch der betreffende Umstand der Sphäre des Streitigen und hiemit der richterlichen Entscheidung entrückt wird, vgl. oben §. 127

III. Die Beweisbedürftigkeit der Thatsachen überhaupt vorausgesetzt, fragt es sich, welche Partei den Beweis zu führen habe. Die Frage der Beweisverbindlichkeit[11], (Beweispflicht, Beweislast, onus probandi, necessitas probandi) ist von großer praktischer Wichtigkeit, da es häufig schwierig ist, den Beweis herzustellen (difficultas probandi), und daher von dem Umstand, welche Partei die Beweislast treffe, oft der Ausgang des Prozesses abhängt (non deficit jus sed probatio l. 30 D. de test. tut. 26, 2)[11a]. Auch steht die Entscheidung über die Beweislast in engem Zusammenhange

---

Note 7. Über die historisch und philosophisch unrichtige Behauptung Berger's „Das Verneinungsprinzip im österr. Civilprozeß“ in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1844 I S. 321 fg., daß der moderne Prozeß sich vom römischen Prozeß darin unterscheide, daß jener „der Prozeß in seiner Entartung als Streit“ sei, und über dessen durch falsche Dialektik „dem Wesen des Prozesses“ abtorquirtes „reales Prinzip“, daß „derjenige, welcher im Prozeß ein Faktum anführt, es sofort beweisen müsse, ohne daß seine Beweispflicht erst durch die Verneinung seines Gegners begründet würde“, vgl. Perthaler in ders. Zeitschr. 1845 I S. 238 fg. und insbes. Heyßler in ders. Zeitschr. 1845 II S. 277 fg. 315 fg.

10) Zu den unbestreitbaren Thatsachen gehören auch (vgl. folg. § Note 18) die notorischen: sowohl über den Begriff der Notorietät als über die Gültigkeit des Satzes notorium non eget probatione herrscht unter den Prozessualisten Streit. (Daß notorische Thatsachen nicht noch bewiesen zu werden brauchen, ist wie für das gemeinsame Prozeßrecht — vgl. Bayer Vortr. S. 719 fg., Wetzell System I §. 20, Osterloh Lehrb. I §. 132, Langenbeck in der angef. Schrift S. 160 .... 166 — so wohl auch für das österr. Prozeßrecht zu behaupten; vgl. Pratobevera Mater. II S. 41, Fischer Handb. der dilat. Einw. §. 113, Nippel Erläuter. I S. 258, Schuster Die Civilproz. S. 279. 280, Beidtel Gerichtl. Verf. §. 142 Nr. 5; a. A. Kitka Beweisl. S. 161 fg., Haimerl im Mag. VII S. 182 fg.)

11) Über die Beweislast im röm. Recht vgl. Zimmern Geschichte des röm. Privatr. Bd III §. 132, Planck Die Lehre vom Beweisurtheil (1848) §. 13, Helmolt Verhältn. der Except. §§. 3. 20; vgl. auch Keller Civilproz. §. 66. — Über das Beweisrecht im älteren deutschen Prozeß vgl. Planck „Das Recht der Beweisführung nach dem älteren deutschen besonders sächsischen Verfahren“ in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd X 1846 S. 205 fg. Beweisurtheil §. 5, Maurer in der krit. Übersch. Bd V (1855) Nr. IX S. 180 fg. Nr. XV S. 332 fg., Siegel Gesch. d. deutsch. Gerichtsverfahr. I (1857) S. 161 fg., Homeyer Der Richtsteig Landrechts (1857) S. 453 fg., Hänel Das Beweissystem des Sachsenspiegels 1858.

11a) Die Fälle, in welchen alle faktischen Behauptungen unbestritten sind und es bloß auf Entscheidung der Rechtsfrage ankommt, sind sehr selten; meist kommt alles auf den Beweis an: Lis nulla est, cui probatione opus non est. Quintil. Inst. orat. V pr.

mit der Entscheidung über die Streitsache selbst[12], da jede Partei nur dann ein günstiges Urtheil erwarten kann, wenn sie die Voraussetzungen erfüllt, welche die richterliche Anerkennung ihres Anspruchs bedingen[13]. Für die Regulirung der Beweislast gilt folgende allge-

12) Dieser Zusammenhang der Entscheidung über die Beweislast mit der Entscheidung über diese Streitsache selbst tritt prozessualisch dort hervor, wo über die Beweislast mittelst Urtheils entschieden wird (Beweisurtheil im Gegensatz zum Beweisdekret), und ganz besonders dann, wenn die Form des Beweisurtheils die des bedingten Endurtheils ist, wie dieß nach der A. G. O. §§. 136. 138. 139. 187. 249 allgemein stattfand (vgl. Pratobevera Mater. IV S. 107 V S. 210 VII S. 289 fg.), und seit dem Hofkzldk. 7. Juli 1835 (Wessely I Nr. 656) wenigstens noch beim Urtheil auf den Eid der Fall ist (vgl. §. 233 prov. G. P. O. cf. l. 11 C. de sent. 7, 45). Wo über die Beweislast mittelst Dekretes entschieden wird, tritt jener Zusammenhang nicht hervor, da der Richter, sei es nun der höhere oder schon der untere Richter selbst, an die Entscheidung über die Beweislast nicht gebunden ist, also diese Entscheidung nicht zugleich schon die Definitiventscheidung potentiell in sich enthält. (Das im angef. Hofkanzleidekret vorgeschriebene Beiurtheil ist nur in formeller Beziehung ein Urtheil, materiell ist es, wie ein Beweisdekret, bloß prozeßleitende Verfügung vgl. §. 2 desf.; nach der prov. G. P. O. §§. 162. 207. 319. 330 ist das Beweisinterlokut auch formell in Gestalt eines Bescheides zu erlassen.) Über die verschiedenen Formen der Beweiserkenntnisse vgl. die gediegene Schrift von Planck Die Lehre vom Beweisurtheil 1848 (der jedoch bei der Darstellung des österr. Prozeßrechts jenes wichtige Hofkanzleidekret übersieht) und Haimerl Magaz. I S. 173 fg. II S. 347 fg. XIV S. 15 fg.

13) Wie Borst Die Beweislast §. 1 richtig bemerkt, behauptet die Lehre von der Beweislast ihre Wichtigkeit und selbständige Bedeutung, die Prozeßgesetzgebung mag welche immer sein. Dieß gilt insbesondere auch für das österr. Recht, nach welchem der Richter über den Beweissatz und die Beweislast im Ganzen kein besonderes Interlokut fällt (vgl. Pratobevera Mater. VII S. 298), sondern die Beweisanbietung schon mit der Behauptung selbst verbunden werden muß. Der erste Prozeßabschnitt umfaßt nemlich nach österr. Recht beide Operationen, die der Behauptung und des Beweisanbietens (§. 12 A. G. O. §§. 10. 12 G. P. O.): jede Partei hat daher im ersten Verfahren nicht nur alle Behauptungen anzuführen, worauf sie ihren Antrag stützt, sondern in der Regel in jeder Rede, in welcher sie eine beweisbedürftige Behauptung aufstellt, zugleich auch die Beweismittel anzugeben, deren sie sich zu bedienen gedenkt (Beweisanticipation in diesem Sinn); und zwar gilt dieß nicht nur in Ansehung des Hauptbeweises sondern auch in Ansehung des Gegenbeweises (§§. 106. 169 A. G. O. Pratobevera Mater. VII S. 285 fg.). Der Richter kann der Partei keinen Beweis auflegen, noch sie zu einer Beweisführung zulassen, als wozu sie sich in gehöriger Weise erboten hat (§. 106 A. G. O. §. 107 G. P. O.). Die Thatsachen, für welche die Partei (in der Klage oder Replik, §§. 47. 48 A. G. O. §§. 58. 59 G. P. O., in der Einrede oder Duplik, §§. 53. 54 A. G. O.) einen Beweis nicht angeboten hat, gelten (den Widerspruch des Gegners vorausgesetzt) sofort als unbewiesen (vgl. Kees Comment. ad §. 12 Nr. 12, Pratobevera Mater. II S. 81 fg.). Deßhalb ist die Frage, was jede Partei zu beweisen habe, zunächst von dieser selbst sorgfältig zu erwägen, da sie durch das Unterlassen der Anbietung des Beweises über Thatsachen,

meine Regel[14]: **Jede Partei hat die ungewissen Thatsachen zu beweisen, welche das nothwendige[15] Fundament ihres prozessualischen Angriffs oder Gegen-**

welche sie zu beweisen hätte, sachfällig werden kann. Aber auch der Richter muß, obgleich er kein allgemeines Beweisinterlokut zu fällen hat, sich darüber vollkommen klar werden, welche Umstände die entscheidenden seien und welcher Partei die Beweisführung obliege, um hienach entweder die Beweisführung, welche eine Partei angeboten hat, zuzulassen, oder sofort in der Hauptsache zu entscheiden (vgl. Pratobevera Mater. II S. 88, Haimerl im Mag. VII S. 27). Wo dann das Beweisurtheil in Gestalt eines bedingten Endurtheils auftritt, enthält dieses mittelbar die richterliche Bestimmung über Beweissatz und Beweislast; wo aber das Beweisurtheil als reines Interlokut erscheint, wird jetzt (Hofkzldkrt 7. Juli 1835 vgl. mit §. 139 A. G. O.) unmittelbar nur über die Beweislast, über den Beweissatz aber nur mittelbar erkannt. (Die Zweckmäßigkeit der Verbindung der Beweisanbietung mit der Behauptung in demselben Prozeßabschnitt ist bekanntlich vielfach angezweifelt worden, so z. B. von Mittermaier im civ. Arch. Bd I S. 202 fg. Bd XXX S. 433 und Beiträge zum bürgerl. Prozeß II S. 164 fg., und neuerlich wieder von Beidtel Gerichtl. Verf. §. 51 Note 1; allein Planck Beweisurthl §. 40 hat den historischen Zusammenhang dieser Bestimmung mit dem älteren deutschen Recht nachgewiesen und für ihre Zweckmäßigkeit überzeugende Gründe vorgebracht).

14) Über die Vertheilung der Beweislast vgl. außer den Note 1 angef. Monographieen über die Beweislast auch noch Gönner Handb. II Abh. 37 §. 16 fg., Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise §§. 15—50 und S. 412 fg., Weber Verbindlichkeit zur Beweisführ. Abschn. VI S. 86 fg., und Heffter's Zusätze S. 202 fg., Jordan im R. L. II S. 126 fg., Kierulff Theorie I S. 284 fg., Puchta §. 97 Vorles. I S. 221 fg., Planck Beweisurth. §. 33, Arndts § 114. — Pratobevera Mater. II S. 47 fg., Fischer „Beiträge zu der Lehre vom rechtlichen Beweise" in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrf. 1832 II Nr. XIX S. 47 fg., Kitka Die Beweislehre S. 5 – 146, Haimerl im Mag. VII S. 193. — Vgl. auch Leue Theorie des Beweises im preuß. Civilprozeß (1835) I S. 118 fg. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß die nicht beweispflichtige Partei die Beweislast freiwillig übernehmen kann, l. 14 D. h. t. (22, 3) l. 39 pr. D. de liber. caus. (40, 12), vgl. Weber VI §. 17.

15) Hiemit ist schon von selbst gesagt, daß nur erhebliche (relevante) Thatsachen Gegenstand der Beweisführung sind: probanda non sunt, quae probata non relevant l. 21 C. h. t (4, 19) §. 50 J. R. A. (vgl. Gönner Handb. II Abh. 37 §§. 7. 10, Weber Verbindl. Abschn. II §. 10, Gensler im civ. Arch. I S. 343 fg. 354 fg. 366 fg., Planck §. 30, Langenbeck S. 109—115). Hätte die Partei über irrelevante Thatsachen den Beweis angeboten, so ist ihr die Führung desselben nicht zu gestatten, §§. 138. 169. 187. 208 A. G. O. §. 107 G. P. O., vgl. Pratobevera Mater. II S. 11 fg., Kitka §. 33, Haimerl im Mag. VII S. 166 fg. (Mit den irrelevanten, impertinenten, Thatsachen sind die unschlüssigen Thatsachen nicht zu verwechseln, d. h. jene welche den Schluß auf die Existenz des von der Partei behaupteten Prozeßrechts nicht zulassen; vgl. Gensler im civ. Arch. I S. 382 fg.: jene Thatsachen sind überflüssig, diese unzureichend; jene sind unerheblich, diese erheblich, nur freilich in dem Sinn, daß sich aus ihnen die Existenz des behaupteten Prozeßrechts nicht ergibt. Diese beiden verschie-

angriffs bilden[16] (vgl. §. 104 A. G. O. §. 104 prov. C. P. O.). Es hat daher der Kläger die Klagthatsachen zu beweisen, wor-

---

denen Begriffe werden öfters verwechselt, so z. B. von Kitka Beweislehre §. 33 und wie es scheint selbst von Planck §. 30 insbes. (S. 263). Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß nicht Alles, was eine Partei pro coloranda causa anführt, von ihr zu beweisen ist, sondern daß es darauf ankommt, welche Behauptungen die eigentlichen Träger ihres Anspruchs sind: da nicht das Behaupten, sondern nur das Beweisen eine Last ist, wird häufig von einer Partei mehr angeführt, als sie zu beweisen schuldig ist.

16) Diese Regel für die Vertheilung der Beweislast wird h. z. T. allgemein aufgestellt, vgl. die Belege bei Haimerl Magaz. VII S. 204. 205 und Rizy Verbindl. §. 12. Der letztere Schriftsteller hat jedoch in scharfsinniger Weise diese Regel als unrichtig und ungenügend darzustellen, und an ihrer Stelle als leitendes Prinzip für die Regulirung der Beweislast den Satz: Affirmanti non neganti incumbit probatio in dem Sinn aufzustellen versucht, daß der einen realbejahenden Satz, nicht der einen realverneinenden Satz Behauptende die Last des Vorbeweises habe (§. 26). Dieses Prinzip, dessen eigentlicher Grund in der größeren Wahrscheinlichkeit zu finden sein soll, welche realverneinenden Behauptungen im Gegensatz zu realbejahenden wegen ihres größern Umfanges zu Statten komme (§. 25), soll schon Paulus mit der Regel: ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat ausgedrückt haben (S. 196); aus diesem Prinzip soll der Begriff des Klagegrundes und der Einreden mit Zuverlässigkeit abgeleitet werden können (S. 85), während die herrschende Lehre umgekehrt die Beweislast aus der Anführungsverbindlichkeit ableiten wolle (S. 63); dieses Prinzip soll endlich die Frage, wer zu beweisen habe, wahrhaft lösen, während sonst immer nur die Frage, was zu beweisen sei, gelöst werde (§. 3). Dieser Versuch (dem sich in neuester Zeit Osterloh Lehrb. I §. 140 angeschlossen hat) kann wohl nicht als gelungen bezeichnet werden. Zunächst entscheidet auch Rizy's Prinzip, wie nicht anders möglich (vgl. Note 23), über das Objekt, nicht über das Subjekt der Beweisführung: es sind nemlich hienach nur Fakta (positive Thatsachen), nicht s. g. nonfacta (negative Thatsachen) zu beweisen; vgl. Rizy selbst S. 195 Note * und S. 206. Es ist ferner wohl eine Selbsttäuschung, wenn Rizy meint, aus seinem Prinzip den Begriff des Klagegrundes u. s. f. ableiten zu können: wenn von der Regel Actori incumbit probatio, welche nach Rizy „der unentbehrliche Aushilfssatz für die Lehre von der Last des Beweises ist" (§. 27), Gebrauch gemacht werden soll, woher soll man dann entnehmen, welche Behauptung zum Klagegrund, welche zum Einredegrund gehöre, und wem daher die Last des Vorbeweises obliege? Rizy müßte vielmehr sagen: jeder Theil hat von den zur Begründung seines Anspruchs gehörigen Behauptungen nur die realbejahenden, nicht die realverneinenden zu beweisen, wo dann aber freilich wieder die Frage entsteht, welche Thatsachen zur Substantiirung der Klage oder der Einrede gehören: es ist eine Verkehrung des natürlichen Verhältnisses, wenn man dasjenige, was jemand zu behaupten habe, aus dem, was er zu beweisen habe, entnehmen will; vielmehr richtet sich umgekehrt das zu Beweisende nach dem zu Behauptenden, weil der Beweis nichts anderes als der Inbegriff der Gründe für die Wahrheit einer Behauptung ist. Rizy's Prinzip beruht ferner auf einer bloßen Wahrscheinlichkeitstheorie, welche theils von problematischer Richtigkeit ist (denn spricht etwa für den Nichteintritt einer Veränderung stets und unbedingt eine

aus er seinen Anspruch ableitet (Klagbeweis: semper necessitas probandi incumbit illi qui agit l. 21 i. f. D. de probat. 22, 3 §. 4 i. f. I. de leg. 2, 20[16a]), und ebenso hat der Beklagte, wenn er seine Vertheidigung auf selbständige Behauptungen stützt, die Einredethatsachen zu beweisen (Einredebeweis: reus excipiendo fit actor [17]), während er in dem Fall, daß er die Klagethatsachen ableugnet, nicht verpflichtet ist, Gründe gegen ihre Fürwahrannahme vorzubringen [17a],

---

größere Wahrscheinlichkeit als für deren Eintritt, z. B. in Ansehung des Todes eines Menschen? vgl. auch Heffter Zusätze zu Weber S. 224 fg.), theils zu Entscheidungen führen würde, die mit den Quellenaussprüchen (z. B. in l. 9 C. h. t. 4, 19; Rizy S. 218 Note * will hier mit einer Vermuthung aushelfen) ebenso in Widerspruch stünden, wie das ganze Prinzip selbst. Denn in der bekannten Stelle l. 12 D. h. t. (22, 3) geht Celsus entschieden davon aus, daß der Kläger eigentlich Alles beweisen müßte, was zur Darthuung seines Rechts als eines gegenwärtigen erforderlich ist, und daß nur aus Gründen der Äquitas ein Theil der Beweislast auf den Beklagten gewälzt werde; ebenso Ulpian in l. 19 pr. D. h. t.: in keiner dieser beiden Stellen findet sich auch nur die geringste Spur einer Vertheilung der Beweislast nach der Unterscheidung realbejahender und realverneinender Sätze, und man darf daher wohl annehmen, daß auch „jene uralte Regel der Paulus" (l. 2 D. h. t.) nichts anderes sagt, als daß jeder Theil seine selbständigen Behauptungen zu beweisen habe. Der Grundirrthum der Rizy'schen Ansicht aber besteht m. E. in der schon oben (§. 128 Note 21) bekämpften Ansicht, daß nur positive, nicht auch negative Thatsachen juristische d. h. rechtswirkende seien; vgl. dagegen auch Reinhold §. 21. 22. — Rizy S. 203 fg. hat zu zeigen versucht, daß das von ihm aufgestellte Prinzip auch das der A. G. O. §. 104 sei, und ihm stimmen hierin Rippel Erläut. I S. 264 fg. und Beidtel I §. 143 bei; dagegen mit Recht Haimerl im Mag. VII S. 205 fg. Durch den Schlußsatz des §. 104 der prov. C. P. O. ist diese Controverse wohl in dem hier vertheidigten Sinn gelöst worden (vgl. auch Haimerl S. 214. 215, Schuster Die Civilprozeßordn. S. 277 fg.), obgleich die Textirung dieses Schlußsatzes eben nicht sehr zu loben ist und leicht zu dem Mißverständniß (vgl. Beidtel I §§. 139. 144) Anlaß gibt, daß nur auf die grammatische, positive oder negative, Fassung des Beweissatzes nichts ankomme.

16a) Über den Satz Actori incumbit probatio vgl. Weber Verbindl. III §§. 6—8 und Heffter Zusätze S. 211.

17) l. 19 pr. D. de probat. (22, 3) In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere, utputa si pacti conventi exceptione utatur docere debet, pactum conventum factum esse. (Andere Beispiele s. in l. 19 §§. 1—4 cit.) l. 1 C. de prob. (4, 19) Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet. §. 104 prov. C. P. O. — „die Thatsachen, worauf er eine erhobene Einwendung gründet". — Insofern spricht man von einer „gleichen Verbindlichkeit beider Theile zur Führung des Beweises", vgl. Pratobevera Mater. II S. 47 fg.

17a) Dieß und nichts anderes drückt der Satz aus: Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (l. 2 D. h. t. 22, 2); Affirmanti incumbit probatio,

obwohl es ihm immerhin freisteht[18], diesen Beweis (den s. g. **Gegenbeweis**[19]) zu führen. Was von den Klage- und Einredethat-

d. h. wer eine selbständige Behauptung aufstellt (qui dicit), hat sie, dafern sie geleugnet wird, zu beweisen; es ist nicht Aufgabe dessen, der sie leugnet (qui negat), ihre Unwahrheit zu beweisen. l. 23 C. h. t. (4, 19) Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. l. 10 C. de non num. pec. (4, 30).

18) Dieses **Recht** des Beklagten zur Führung des Gegenbeweises tritt im Gegensatz zur **Pflicht** (Note 24a) des Klägers, den Hauptbeweis (Vorbeweis) zu führen, prozessualisch darin hervor, daß der Hauptbeweis **aufgelegt**, der Gegenbeweis **vorbehalten** wird, vgl. §. 169 A. G. O., **Gönner** Handb. II Abh. 41 §. 4, **Bayer** Vortr. §. 237 III, **Pratobevera** Mater. VII S. 287 (a. M. **Fitting** §§. 24. 25). Es ist jedoch zu beachten, daß einerseits nach österr. Prozeßrecht auch der Gegenbeweis angeboten worden sein muß (§. 169 A. G. O. §. 12 C. P. O. vgl. Note 13), und daß andererseits auch demjenigen, den die Beweispflicht trifft, der Beweis nach österr. Recht nicht so sehr **aufgelegt**, als vielmehr der von ihm angebotene Beweis **zugelassen** wird. Der Gegenbeweis kann übrigens, wie der Beweis überhaupt (vgl. folg. §) sowohl auf direkte (unmittelbare) als auf indirekte (mittelbare) Weise geführt werden (§§. 105. 182 C. P. O., **Mittermaier** im civil. Arch. Bd VI S. 353. 354), jenachdem der Widerspruch ein einfacher oder qualificirter ist (oben §. 124 Nr. I); in diesem Sinn (vgl. folgende Note) läßt sich allerdings zwischen direktem und indirektem Gegenbeweis unterscheiden.

19) Wie der Beweis (Hauptbeweis) der Inbegriff der Gründe **für** die Wahrheit einer prozessualischen Behauptung ist, so ist der Gegenbeweis (reprobatio) der Inbegriff der Gründe **gegen** die Wahrheit eben dieser Behauptung, also **für** die Nichtfürwahrannahme derselben; vgl. **Fitting** §. 16, **Bayer** Vortr. S. 765 (über die verschiedenen Begriffe, welche man bisher mit dem Ausdruck Gegenbeweis verbunden hat, vgl. **Fitting** §. 15); wie die Beweisführung darauf gerichtet ist, eine Behauptung zur juristischen Gewißheit zu erheben, so ist die Gegenbeweisführung darauf gerichtet, diese Erhebung zur Gewißheit zu verhindern, resp. die provisorische Gewißheit zu zerstören (vgl. Linde Abhandl. I S. 56 fg., **Fitting** §. 17). Hieraus ergibt sich, daß weder der Gegenbeweis stets und nothwendig einen Hauptbeweis voraussetzt (z. B. der Gegenbeweis zur Gewissensvertretung §§. 204. 205 A. G. O., §. 264 C. P. O., vgl. **Fitting** §. 20 Nr. II), noch die Gegenbeweisführung eine Hauptbeweisführung (z. B. die Gegenbeweisführung gegen eine Thatsache, für welche eine Rechtsvermuthung streitet, deren Prämissen gewiß sind, vgl. **Fitting** §. 19). — Die ältere Doktrin bezog den Begriff des Gegenbeweises nicht auf dieselbe prozessualische Behauptung, welche das Thema des Hauptbeweises bildet, sondern auf den Gegenstand des ganzen Prozesses, auf den klägerischen Anspruch selbst, und verstand unter Hauptbeweis den Beweis der Klage, unter Gegenbeweis jeden vom Beklagten zu führenden Beweis. Dieser Gegenbeweis wurde dann in den direkten und indirekten unterschieden; der direkte (eigentliche) Gegenbeweis sollte der Beweis der Unwahrheit der klägerischen Behauptung, der indirekte (uneigentliche) Gegenbeweis der Beweis der Einreden (Einwendungen) sein. Diese Auffassung ist

sachen gilt, gilt ebenso in Ansehung der Replik- und Duplikthatsachen. Auch kommt nichts darauf an, ob die Thatsachen, welche zur Begründung des Prozeßanspruchs gehören, positiv oder negativ sind [20]:

durch die neuere Doktrin beseitigt worden (insbesondere durch die tüchtige Abhandlung von Gönner Handb. II Abhd. 41. 42), indem sie den Beweis der Einreden vom Gebiet des Gegenbeweises gänzlich losgerissen hat, nur Einen Gegenbeweis (den früher s. g. direkten, eigentlichen) annimmt und nicht mehr bloß den Beweis der Klage, sondern jeden Beweis einer selbständigen Behauptung Hauptbeweis (Vorbeweis) nennt. Diese Auffassung ist h. z. T. die herrschende (vgl. Mittermaier „Beiträge zur Lehre vom Gegenbeweise" im civ. Arch. VI Nr. XVII S. 342 fg., Linde Lehrb. §. 236, Schmid Handb. II §. 117, Heffter Institut. §. 391 fg., Bayer Vortr. §§. 235. 236, Wetzell System I §. 20, Osterloh Lehrb. I §. 137. Doch fehlt es nicht an Abweichungen im Einzelnen, indem Manche (z. B. Schmid Handb. II S. 138. 143) von einer zu engen Auffassung des Begriffs der Einreden ausgehend, den Beweis der rechtshindernden Thatsachen zum (eigentlichen) Gegenbeweis rechnen, während Bethmann Vers. S. 349 fg., 369 fg., dem Fitting §§. 14. 18 folgt, zum (eigentlichen) Gegenbeweis den Beweis aller Einreden im weiteren Sinn zählt, und nur den Beweis der technischen Exceptionen von dieser Sphäre ausnimmt, eine Annahme, welche auf der irrigen Voraussetzung beruht, daß das Klagerecht Gegenstand des Beweises sei (vgl. Bethmann S. 338 fg.), während doch nur die Thatsachen das Objekt der Anführung und Beweisung sind (vgl. oben §. 123), welche erst in ihrem letzten Resultat das Dasein oder Nichtdasein des behaupteten Klagerechts darthun sollen. (Gegen diese Ansicht Bethmann's vgl. Knappe Except. S. 115 fg., Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 149 fg., Reinhold in der angef. Abhd. S. 18. 19. 37. 38. 204. 205; gegen die Ausführungen Fitting's in dieser Beziehung vgl. Bayer Vortr. S. 769.) — Die gehörige Unterscheidung zwischen dem (eigentlichen) Gegenbeweis und dem Beweis der Einreden ist von praktischer Wichtigkeit, da für den (eigentlichen) Gegenbeweis besondere prozessualische Grundsätze gelten. — Daß auch nach österr. Recht der Gegenbeweis von dem Einredebeweis zu trennen sei, ist nicht zu bezweifeln (vgl. §§. 24. 25. 169. 170. 231. 232 A. G. O. §§. 12. 17. 182 (G. P. O.); mit Recht wird von unseren Prozeßschriftstellern der Ausdruck Gegenbeweis nur in diesem Sinn, also, wie man gewöhnlich (aber nicht ganz richtig vgl. Fitting S. 55) sagt, als „Beweis der Unwahrheit der gegnerischen Behauptung" als „Beweis des Beweisgegensatzes" genommen; vgl. Pratobevera Mater. II S. 25 fg. VII S. 285 fg., Kitka Beweisl. §§. 7. 15 fg., Wagner a. a. O. S. 358 fg., Rizy Verbindl. S. 15, Haimerl im Mag. VII S. 21 fg., Beidtel Gerichtl. Verf. §. 145 (a. A. Rippel Erläuter. I S. 437 fg.).

20) Die ältere Doktrin (vgl. die Nachweisungen bei Bethmann Versuche S. 327 fg.) hat bekanntlich den Satz Affirmanti non neganti incumbit probatio (vgl. Note 17a) in der Art mißverstanden, daß sie das affirmare und negare statt auf das Aufstellen (Afferiren) und das Leugnen (Negiren) einer Behauptung als solches, auf den Inhalt der Behauptung selbst bezog, und denjenigen, der das Nichteingetretensein eines Umstandes behauptet, einen negans nannte, während er doch in der That ein dicens (ein Behauptender) ist. Indem die ältere Theorie auf diese Weise das Vorbringen negativer Behauptungen und das Negiren vorgebrachter Behauptungen nicht gehörig unterschied, stellte sie den Satz

jede Partei hat auch die negativen Thatsachen zu beweisen, wenn sie den Inhalt ihrer selbständigen Behauptung ausmachen[21].

Dieses Prinzip, daß jede Partei die Thatsachen zu beweisen hat, welche die nothwendige Grundlage ihres prozessualischen Anspruchs bilden, ist zunächst nur ein formales[22]: seinen realen Inhalt erhält

---

auf: negativa non sunt probanda, d. h. die Behauptung einer negativen Thatsache brauche nicht bewiesen zu werden, und suchte durch Unterscheidung einer negatio juris, qualitatis et facti, einer negatio definita et indefinita und einer negatio praegnans jene Regel in einigen allzu bedenklichen Consequenzen zu moderiren. Diese Theorie, welche schon früher Widerspruch fand (z. B. von Cocceji, J. H. Böhmer, Westphal) ist von Weber Verbindl. Abschn. VI §. 9—16 vollständig bekämpft worden und h. z. T. allgemein aufgegeben (vgl. auch Pratobevera II S. 47 fg., Wagner a. a. O. S. 350 fg., Fischer a. a. O. S. 47—55, Haimerl im Mag. VII S. 205 fg.), wenn es gleich nicht an Versuchen gefehlt hat, sie wieder zur Geltung zu bringen (so z. B. Klötzer in der Note 1 angef. Schrift und Kori im civ. Arch. Bd VIII Nr. III S. 90 fg.; gegen Ersteren ist Vorst Beweislast §§. 18—28 aufgetreten, der jedoch selbst §. 24 fg. manches Unrichtige beimischt und §. 27 die l. 10 D. de V. O mißversteht, gegen Letzteren Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 94 fg.). Über die Bedeutung, welche Rizy Verb. §. 23. 25 dieser Regel beilegen will, vgl. oben Note 16.

21) In den Fällen, in welchen eine negative Thatsache zur Substantiirung der Klage oder Einrede gehört, muß sie, wie nach römischem Recht (vgl. Helmolt Verhältn. S. 240 fg.), so nach heutigem gemeinen und österr. Prozeßrecht allegirt und bewiesen werden; so hat z. B. bei der condictio indebiti der Kläger die Nichtschuld auch in dem Fall zu beweisen (l. 25 D. de prob. 22, 3 Savigny V S. 154), wenn diese Behauptung das Assert einer negativen Thatsache in sich schließt (was nicht nothwendig der Fall ist, vgl. Bethmann S. 341 Note 39); ebenso hat, wenn das beanspruchte Recht an eine negative Bedingung gebunden ist, der Berechtigte die Erfüllung derselben, also das Ausbleiben des betreffenden Umstandes zu behaupten und zu beweisen (cf. l. 10 l. 99 §. 1 D. de V. O. 45, 1); wird der Untergang einer Servitut durch non usus behauptet, so ist dieser Nichtgebrauch zu beweisen (vgl. Bethmann Vers. S. 348); andere Fälle s. in l. 15 D. h. t. (22, 3), in §§. 158. 1397 a. b. G. B. und in Art. 41 und 42 W. O.

22) Dieß gilt insbesondere von der Vorschrift des §. 104 A. G. O. („Wer ein Factum angeführt hat, er sei Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen —“), welche nichts anderes bestimmt, als daß ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio (Note 17[a]), daß also jeder Prozeßtheil seine selbständigen Behauptungen beweisen muß. Einen mehr concreten Inhalt hat §. 104 der prov. G. P. O., wonach „jeder streitende Theil die Thatsachen, worauf er ein angesprochenes (Klage-) Recht, oder eine erhobene Einwendung gründet, zu beweisen hat“: allein hier entsteht eben die Frage, welche Thatsachen zur Begründung eines angesprochenen Rechts oder einer erhobenen Einwendung gehören. Diese Frage kann nur das materielle Recht lösen (oben §. 123): die Prozessualisten sind daher genöthigt, auch für die reale Lösung der Frage von der Beweislast auf die Darstellung des Civilrechts zu verweisen (vgl. insbesondere Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1832 II S. 51 fg., der nachdrücklich hervorgeht, daß die Frage,

es erst durch die Beantwortung der Frage, welche Thatsachen in concreto zur Substantiirung des betreffenden Angriffs oder Gegenangriffs gehören, also welche Thatsachen das Fundament dieser Klage, welche Umstände das Fundament dieser Einrede ausmachen[22a]. Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich daher in die Frage auf, was zu beweisen sei[23]: die Beantwortung dieser Frage aber richtet

---

welches Faktum zu beweisen sei, „eine Frage des bürgerlichen Rechtes" sei). Daß die Lehre von der Beweislast in das materielle Recht gehöre, wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern h. z. T. allgemein anerkannt, vgl. auch Savigny V S. 153 fg. und Windscheid Die Actio S. 227; daß dieß auch für das österr. Recht gelten müsse, darauf weiset deutlich genug das bürg. Gesetzb. selbst hin, indem es an zahlreichen Stellen (vgl. folg. Note) Bestimmungen über die Vertheilung der Beweislast enthält, ja bei manchen Rechtsverhältnissen selbst die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gewisser Beweisgründe und Beweismittel, also die Art der Beweisführung normirt (vgl. z. B. §§. 99. 100. 157. 164. 518. 851. 852. 1001. 1226 a. b. G. B.).

22a) Es ist daher im System bei den einzelnen Rechtsmaterien darzustellen, wie die Beweislast zu reguliren sei, eine Aufgabe, die mit der Darstellung zusammenfällt, welche Thatsachen die rechtserzeugenden, welche die rechtshindernden und rechtsvernichtenden seien (vgl. oben §. 123 Note 22), was also zur Klagbegründung, was zum Einredefundament gehöre. Das bürgerl. Gesetzb. selbst geht hierin die rechte Bahn zeigend voraus, indem es in zweckmäßiger Weise bei vielen Rechtsverhältnissen die Beweislast regelt: vgl. §§. 17. 23. 25. 33. 36. 46. 62. 99. 135. 158. 163. 278. 343. 356. 367. 368. 369. 371. 372. 376. 396. 479. 523. 566. 567. 572. 616. 655. 722. 771. 777. 782. 827. 839. 853. 854. 857. 951. 953. 966. 975. 1032. 1128. 1143. 1228. 1260. 1290. 1393. 1471. 1477 a. b. G. B. Vgl. auch §§. 67. 333. 339. 370. 518. 669. 1124. 1226 a. b. G. B.

23) Man pflegt ganz allgemein in der Lehre von der Beweisverbindlichkeit zwischen Subjekt und Objekt der Beweisführung zu unterscheiden und die zwei Fragen aufzustellen: was muß bewiesen werden, wer muß beweisen? Diese Unterscheidung und Fragstellung läßt sich nicht billigen. Die Beweisbedürftigkeit einer Behauptung vorausgesetzt (von der man gewöhnlich unter jener ersten Rubrik handelt), löst sich die Frage, wer zu beweisen habe, in die Frage auf, was zu beweisen sei (vgl. auch Reinhold S. 13 Note 1, Wirth S. 25): weiß man einmal, welche Behauptung zu beweisen sei (z. B. die Behauptung der Großjährigkeit oder der Minderjährigkeit, der Nüchternheit oder der Trunkenheit, der Nichterfüllung oder der Erfüllung einer Obligatio u. s. f.), so weiß man sofort, wen die Beweislast treffe, da darüber kein Zweifel herrscht, daß derjenige, der eine zu beweisende Behauptung aufstellt, sie auch beweisen müsse. Die Controversen über die Beweislast betreffen alle nur die Frage, was (welche Behauptung resp. welche Thatsache) zu beweisen sei: die Vertheilung der Beweislast ist nichts anderes als eine Vertheilung der zu beweisenden Behauptungen, und die Festsetzung des Beweisthema's ist zugleich schon der Ausspruch über die Beweislast. Es gibt also nur folgende Fragen: 1) welche Behauptungen sind überhaupt beweisbedürftig? (Frage des Prozeßrechts) und 2) welche der beweisbedürftigen Behauptungen ist zu beweisen? (Frage des Civilrechts).

sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei: die Thatsachen, welche eine Partei behaupten (anführen) muß, um ihren Anspruch zu substantiiren, muß sie erforderlichenfalls auch beweisen. Die Beweisverbindlichkeit[24] hängt daher aufs engste mit der Anführungsverbindlichkeit (§. 123) zusammen[25]: die zahlreichen Controversen über die Beweislast[26] sind im Grunde vielmehr Controversen über die Behauptungsverbindlichkeit[26a], und die Streitfragen, welche Partei den Beweis zu führen habe, lösen sich in die Fragen auf, ob eine Thatsache zu den Klage- (Replik-) Thatsachen oder zu den Einrede- (Duplik-) Thatsachen gehöre[27].

---

24) Der Ausdruck Verbindlichkeit, Pflicht (Anführungsverbindlichkeit, Beweisverbindlichkeit) wird hier in dem weiteren Sinn genommen, in welchem er gleichbedeutend ist mit Aufgabe, Sache; vgl. Planck Beweisurtheil S. 332 und oben §. 123 Note 12.

25) Dieß wird deutlich anerkannt in §. 104 prov. C. P. O.; vgl. auch §. 104 A. G. O. in Verbindung mit §§. 3. 9. 10. 12 daselbst. Über den Zusammenhang der Beweisverbindlichkeit mit der Anführungsverbindlichkeit vgl. insbes. Reinhold in der angef. Abhandl. §§. 10—12.

26) Diese Controversen (welche in den Monographieen über die Beweislast vereint dargestellt werden, im System aber an dem Ort ex professo zu lösen sind, wo von den betreffenden Materien gehandelt wird) sind hauptsächlich dadurch veranlaßt, daß sich in den Quellen des röm. Rechts, abgesehen von den allgemeinen Regeln über die Beweislast (Actori incumbit probatio: Affirmanti incumbit probatio) verhältnißmäßig wenig Aussprüche über die Beweislast in concreten Fällen finden (so z. B. über die Rechts- und Handlungsfähigkeit l. 5 C. de codic. 6, 36 l. 9 C. h. t. 4, 19; über die Beweislast bei Testamenten und Legaten l. 12 l. 17 l. 22 D. h. t. l. 22 D. de leg. II l. 11 §. 12 D. de leg. III l. 11 C. h. t. §. 4 I. de leg. 2, 20 u. a. Stellen; über den Beweis bei der condictio indebiti l. 25 D. h. t.; bei einer behaupteten Zahlung l. 12 l. 25 §. 2 D. h. t. l. 1 C. h. t. l. 7 C. de except. 8, 36 l. 25 C. de sol. 8, 43; von Dolus und Culpa l. 18 §. 1 l. 19 §. 1 D. h. t. l. 9 §. 4 D. loc. 19, 2 l. 11 D. de peric. 18, 6; der Mora l. 32 §. 1 D. de usur. 22, 1; bei den s. g. actiones adjectitiae qualitatis Gaj. IV §. 74. §. 5 I. quod cum eo 4, 7 u. a. m.). Diese relative Dürftigkeit erklärt sich daraus, daß nach dem Prozeßverfahren zur Zeit des ordo judiciorum privatorum die Beurtheilung dieser Fragen dem Judex überlassen war, der nach seinem freien vernünftigen Ermessen die Beweislast regulirte; vgl. Bethmann Versuche S. 321 und 254, Planck Beweisurth. §. 13 und die tüchtige Abhandl. von Römer Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums (1852) S. 13 fg.

26a) Daß man die Frage statt auf die Anführungsverbindlichkeit auf die Beweisverbindlichkeit stellt, erklärt sich daraus, daß nicht das Behaupten, sondern das Beweisen eine Last ist; vgl. oben §. 123 Note 9.

27) So z. B. in Ansehung der Frage, ob den Kläger oder den Beklagten die Beweislast treffe, wenn letzterer die Bedingtheit oder Betagtheit der Willenserklärung, worauf sich Kläger stützt, behauptet (vgl. die Anm.); was der Kläger bei der Anstellung einer condictio causa data non secuta zu beweisen habe (vgl.

Für die richtige Anwendung der aufgestellten Regel ist die Beachtung des Grundsatzes von Wichtigkeit, daß es niemals allgemeine Behauptungen rechtlicher Zustände (z. B. des Daseins oder Nichtdaseins, der Fortdauer oder des Untergangs eines Rechts), sondern immer nur concrete Behauptungen individueller Thatsachen sind, welche zu beweisen sind (vgl. Note 19). Die Partei, welche ein Recht in Anspruch nimmt, muß zwar das Fortbestehen dieses Rechts behaupten, da sie das Recht als ein gegenwärtiges in Anspruch nimmt, sie braucht aber diese allgemeine Behauptung durch Anführung individueller Thatsachen nicht zu substantiiren (§. 123 I Nr. 2), und hat daher auch die zur Begründung jener Behauptung der Fortdauer ihres Rechts etwa angeführten (negativen) Thatsachen nicht zu beweisen. Dieß macht sich insbesondere bei den Obligationen geltend [28], welche auf ein positives Handeln (Geben oder Thun) gerichtet sind [29]. Der

über diese wichtige und schwierige Frage vorläufig Bethmann Vers. S. 341. 342, Heffter Zusätze zu Weber S. 237. 238, Windscheid Lehre von der Voraussetzung §. 12 S. 189 fg., Errleben Die condictiones sine causa II S. 499 fg., Bähr Die Anerkennung S. 63 fg., Gerber Beiträge §§. 35—40, Witte Die Bereicherungsklagen des gem. Rechts 1859 §§. 23. 24; das Nähere im Obl. R.); so nach gemeinem Recht die Controverse, ob bei einer Servitutenersitzung der sich darauf Stützende beweisen müsse, daß er nec vi nec clam nec precario besessen habe, oder ob sein Gegner diese Mängel darthun müsse (l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5 vgl. über diese vielbesprochene Streitfrage Vangerow I S. 872, Elvers Servitutenlehre S. 748 fg.); ob bei einer hereditatis petitio ab intestato der Kläger zu beweisen habe, daß kein Testament vorhanden resp. daß er der nächste Intestaterbe sei, oder ob der Beklagte das Entgegengesetzte zu beweisen habe (vgl. über diese gemeinrechtliche Streitfrage Bethmann Vers. S. 362. 363, Linde in der Gieß. Zeitsch. I S. 160 fg., Wetzell System I S. 98) u. s. f.

28) Dasselbe gilt beim Pfandrecht; der Pfandgläubiger, der die actio hypothecaria anstellt, hat zwar die Existenz der Forderung, für welche die Sache verpfändet wurde, nicht aber deren Nichterfüllung zu beweisen (l. 1 C. si pign. convent. 8, 33 l. 10 C. de pign. act. 4, 24, vgl. Büchel Civilr. Erörter. II S. 236 fg.), obgleich er auch diese behauptet (vgl. oben §. 116 Note 17), also nicht bloß die Verpfändung der Sache für eine Schuld, sondern auch die Nichtbezahlung dieser Schuld intendirt (intentio dati pignoris neque redditae pecuniae l. 1 C. cit.; daher der Satz in der Formel: si paret — eam pecuniam — sc. pro qua res pignoris nomine obligata est, solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse, vgl. Arndts §. 378 Anm. 1). Diese Regelung der Beweislast erklärt sich daraus, daß die behauptete Befriedigung der Pfandforderung nicht nur in Ansehung der Obligatio, sondern auch rücksichtlich des Pfandrechts eine rechtsvernichtende Thatsache ist (§. 469 a. b. G. B., vgl. Arndts §. 391).

29) Anders verhält es sich bei den (negativen) Obligationen auf ein Unterlassen:

Gläubiger, welcher ein Forderungsrecht klage- oder einredeweise geltend macht, nimmt dasselbe als ein gegenwärtiges in Anspruch, behauptet also, daß der Schuldner noch nicht erfüllt habe: dennoch hat nicht er die Nichterfüllung, sondern sein Gegner (der Schuldner) die Erfüllung der Obligatio zu beweisen[30], da die spezifische Thatsache der Erfüllung eine rechtsvernichtende ist, deren Anführung und Beweisung stets dem Gegner des Berechtigten obliegt (oben §. 124 Note 26). In vielen Fällen sind aber durch das Gesetz oder Privatwillkür an die Nichterfüllung einer Obligatio rechtliche Nachtheile für den Schuldner, rechtliche Vortheile für den Gläubiger geknüpft. Macht nun der Gläubiger mit der aus dem Obligationsverhältniß entspringenden Klage ein solches Recht vor Gericht geltend, so muß er die Nichterfüllung der Obligatio behaupten, da sie die Voraussetzung seines Anspruchs ist: dennoch hat nicht er diese Behauptung, sondern vielmehr sein Gegner die behauptete Erfüllung der Obligatio (resp. die diese Wirkung hervorbringende Thatsache) zu beweisen[31], weil sich

---

hier hat der klagende Gläubiger die Nichterfüllung derselben als das obligationswidrige positive Handeln zu beweisen, weil einerseits diese Thatsache seinen concreten Anspruch erst erzeugt (vgl. oben §. 116 Note 10 a. E.), und andererseits die vom Schuldner behauptete Erfüllung, also die Behauptung der ununterbrochenen Unterlassung, keine die Obligatio vernichtende Thatsache ist. (Mit Unrecht behauptet daher Gerber S. 32, daß die „Nichterfüllung einer Obligatio niemals mit Recht Gegenstand einer Beweisauflage werden könne"; vgl. auch Note 33).

30) l. 12 l. 25 §. 2 D. h. t. l. 1 C. h. t. Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet. l. 25 C. de solut. (8, 43) Solutionem asseveranti probationis onus incumbit. (Vgl. Reinhold in der angef. Abhandl. 13, der jedoch von der unrichtigen Voraussetzung ausgeht, daß jedes Klagrecht eine Rechtsverletzung voraussetze, welche der Kläger regelmäßig zu beweisen habe, und dadurch die richtige Darstellung theils erschwert, theils verkümmert.) Aus dem Gesagten erklärt sich von selbst, warum der Deponent bei der in factum concipirten actio depositi directa, welche die Intentio enthält: mensam depositam eamque redditam non esse (Gaj. IV §. 47), dennoch den letzteren Theil dieser Intentio nicht zu beweisen hat (vgl. Savigny V S. 159): hiemit erledigen sich auch die von Gerber §. 7 erhobenen Bedenken gegen den Zusammenhang der Beweisverbindlichkeit mit der Allegationsverbindlichkeit.

31) Würde der Gläubiger die Entrichtung der ursprünglichen Leistung fordern, so brauchte er die behauptete Nichterfüllung der Obligatio unzweifelhaft (Note 30) nicht zu beweisen: der Umstand, daß der auf Grund der Nichterfüllung dieser Obligatio aus ihr klagende Gläubiger statt der ursprünglich geschuldeten Leistung oder gar neben und mit derselben eine andere fordert, kann an der Vertheilung der Beweislast nichts ändern, da die Behauptung der geschehenen Erfüllung immer doch die Behauptung einer rechtsvernichtenden Thatsache (der Erlöschung der

der Gläubiger bloß auf die Fortdauer der Obligatio stützt, welche er nur im Allgemeinen zu behaupten, nicht aber durch Nachweisung des Nichteintritts aller möglichen rechtsvernichtenden Thatsachen zu

Obligatio) bleibt, und daher das Einredefundament und Beweisthema des Schuldners bildet. Es hat deßhalb im Fall der lex commissoria (vgl. §. 919 a. b. G. B.) der Verkäufer, der mit der Contractsklage (l. 4 pr. D de leg. commiss. 18, 3) die Rückgabe seiner Sache fordert, die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Käufers zwar zu behaupten, aber ebensowenig zu beweisen, als wenn er auf Bezahlung des Kaufpreises klagen würde (cf. l. 4 §. 4 l. 8 D. cit. A. A. sind aber freilich Manche mit Bethmann S. 342, der wohl mit Unrecht dem Kläger den Beweis der Nichterfüllung aufbürdet, als der „negativen Bedingung, an welche das vertragsmäßige Revocationsrecht des Verkäufers geknüpft sei"; die richtige Ansicht wird vertheidigt von Linde in der Gieß. Zeitschr. Bd I S. 114. 115, Heffter Zusätze zu Weber S. 237. 238 und von Gerber §§. 1. 31. 32, der aber das Wesen der lex commissoria gänzlich verkennt, vgl. folg. Note. Anders stünde es, wenn der Kläger mit der Vindikationsklage die Sache zurückforderte, l. 8 D. cit. l. 4 C. de pact. int. emt. 4, 54; hier hätte der Kläger den Beweis der Nichterfüllung, als des Umstandes, welcher den Rückfall des Eigenthumsrechts bewirkt, zu führen). Aus dem gleichen Grund hat der Dominus, welcher auf die Nichtzahlung des Canon seine Privationsklage stützt (vgl. §. 1135. 1136 a. b. G. B.), diese Nichtzahlung nicht zu beweisen (cf. l. 2 C. de jure emphyt. 4, 66 Nov. 120 c. 8; übereinstimmend Bethmann S. 343, aber freilich aus mehr äußerlichen Gründen, und Gerber §. 33; a. A. Planck Beweisurtheil S. 282. 283 in der Note, Knappe Exerept. S. 106. 107); das Gleiche gilt, wenn der Bestandgeber wegen Zinsrückstandes auf Aufhebung des Bestandverhältnisses klagt (§. 1118 a. b. G. B. l 54 §. 1 l. 56 D. loc. 19, 2): der Bestandnehmer hat die behauptete Zinszahlung zu beweisen. Ebenso hat, wenn einem Vertrag die cassatorische Clausel beigefügt ist (vgl. z. B. 195 des Ges. v. 9. Aug. 1854), der Schuldner die pünktliche Ratenzahlung zu beweisen (vgl. Gerber §. 33); ingleichen hat der Gläubiger, der Verzugszinsen einklagt, nur die Interpellation, nicht auch das Ausbleiben der Zahlung zu beweisen, cf. l. 32 §. 1 D. de usur. 22, 1 (vgl. Gerber §. 21); ebenso hat der Kläger, der auf Zahlung der Conventionalstrafe (§§. 1336 a. b. G. B.) klagt, nur die Verabredung derselben, nicht auch die Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung der bestärkten Obligatio zu beweisen (vgl. Gerber §§. 25—27). Das entscheidende Moment besteht darin, daß die Nichterfüllung der Obligatio in diesen Fällen nicht etwa die negative Bedingung der Entstehung einer neuen Obligatio (vgl. Note 33), sondern die Voraussetzung der Modifikation der alten Obligatio, die Bedingung der Erweiterung der Rechte des Gläubigers innerhalb und in Ansehung der bereits bestehenden Obligatio ist: der Gläubiger, der diese Modifikation geltend macht, hat daher nur das Entstehen der modificirten Obligatio zu beweisen, da das Fortbestehen derselben, welches die behauptete Erweiterung bewirkt, so lange anzunehmen ist, als nicht der Schuldner die rechtsvernichtende Thatsache der Erfüllung bewiesen hat. Deßhalb hat aber dagegen auch der Kläger, der seine Klage auf Aufhebung des Miethvertrags oder seine Privationsklage auf andere Thatsachen stützt, z. B. auf Mißbrauch der Sache (vgl. §. 1118 a. b. G. B. cf. l. 54 §. 1 cit. l. 3 C. eod. 4, 65 Nov. 120 c. 8), dieselben allerdings zu beweisen.

beweisen hat, da der von den rechtserzeugenden Thatsachen auf die Existenz des behaupteten Rechts gezogene Schluß so lange in Kraft bleibt, als er nicht durch einen anderen Schluß beseitigt wird (oben §. 123 I Nr. 2 und Note 27)[31a]. Es besteht sonach für positive Obligationen

---

[31a]) Im Resultat stimmt Gerber in der angef. Schrift überein, allein seine Ausführungen sind theils ungenau, theils m. E. verfehlt. Auch Gerber §. 12 fg. geht von dem Gedanken aus, daß es sich in den fraglichen Fällen nur um Modifikation einer bereits bestehenden Obligatio, nicht um Entstehung einer neuen handle; er meint jedoch, daß hier stets an die Stelle der ursprünglichen (primären) Leistung eine andere (sekundäre) als substituirte Ersatzleistung trete. Allein in den Fällen, in welchen der Berechtigte nebst der Rückzahlung der rückständigen Zinsen oder des rückständigen Canon sofortige Rückzahlung des Capitals oder Aufhebung des Bestandverhältnisses resp. Privation des Emphyteuta fordert, kann man doch nicht von einer „Ersatzleistung für die vermißte Rechtzeitigkeit der Zinszahlung" sprechen (wie Gerber §. 33 es thut), da in diesen Folgen ein Äquivalent für die unterbliebene Pünktlichkeit um so weniger gesehen werden kann, als z. B. der Gläubiger bei einem unverzinslichen Darlehen mit clausula cassatoria auch Verzugszinsen fordern kann, wenn die Ratenzahlung nicht pünktlich geschehen ist, worin schon der Ersatz „für die vermißte Rechtzeitigkeit" der Zahlung liegt: der Gläubiger, welcher in diesen Fällen die Aufhebung des Vertragsverhältnisses fordert oder geltend macht, will dadurch nicht einen bereits erlittenen Schaden ausgleichen, sondern künftige, nach der bewiesenen Unpünktlichkeit wahrscheinliche, Nachtheile und Weiterungen vermeiden. Auch gibt Gerber, der doch selbst der Ansicht ist, daß das Recht auf die sekundäre Leistung erst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Substitutionsfall eintritt, keinen befriedigenden Grund dafür an, warum der Gläubiger, der das Eintreten des Substitutionsfalls sonst (vgl. S. 69) beweisen muß, dann von der Beweispflicht frei ist, wenn gerade die Nichterfüllung das Recht auf die sekundäre Leistung begründet (vgl. S. 116. 117). Der Grundfehler aber, der diese ganze Schrift durchzieht, besteht in der Ansicht Gerber's §. 10 fg., daß es s. g. negative Obligationen, Obligationen auf Unterlassungshandlungen (obligationes in non faciendo, omittendo) nicht gebe: das Unterlassen von Handlungen soll nur „als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten in Betracht kommen" (S. 37), so daß vielmehr eine Obligatio auf Verzichtleistung vorhanden sei. So soll (S. 38 fg.) die aus dem pactum de non petendo entspringende Obligatio „nichts anderes enthalten als die Verpflichtung des Gläubigers auf die Ausübung des Klagrechts, sobald er in die Lage kommt, davon Gebrauch zu machen, auf Verlangen des Gegners Verzicht zu leisten", wonach das pactum de non petendo im Grunde nichts anderes als ein pactum de paciscendo wäre, während es doch vielmehr der sofortige Verzicht auf die Ausübung des Klagrechts ist, wodurch der Berechtigte verpflichtet wird, die Klagung zu unterlassen. Und als solche Verbindlichkeiten auf Verzichtleistung will Gerber alle hier zur Sprache kommenden (Note 31) Fälle auffassen! Ein Beispiel mag genügen: das Wesen der lex commissoria sieht Gerber §§. 31. 32 darin, daß der nicht rechtzeitig erfüllende Käufer verpflichtet sei „auf den ganzen Handel und auf die Folgen der Tradition zu verzichten". „Diese durch die lex commissoria erzeugte Obligatio sei nicht auf Retradition der Sache, sondern auf eine Leistung gerichtet, deren eigenthümliche Natur es mit sich bringe, daß der

folgende allgemeine Beweisregel, welche nur das Resultat der consequenten Durchführung der aufgestellten leitenden Prinzipien für die Anführungs- und Beweisverbindlichkeit ist: Der Gläubiger, welcher als Kläger oder Beklagter[32] einen Anspruch gegen seinen Schuldner auf die Nichterfüllung der zwischen ihnen bestehenden[33] Obligatio

---

Rückfall des Eigenthums ohne Retradition und der Wegfall des ganzen interimistischen Verhältnisses ..... wie von selbst eintrete. Der Käufer müsse auf die Wirkungen des Rechtsgeschäfts und der Tradition verzichten ..... diese Wirkung folge eben aus der Natur des Verzichts mit innerer Nothwendigkeit ..... Der Verkäufer könne auch gegen den dritten Besitzer mit der vindicatio durchdringen, indem dieser die Mängel am Recht seines Autors auch gegen sich gelten lassen müsse ..... Auch bei der in diem addictio liege eine bedingte Obligatio auf Verzichtleistung vor, mit demselben Erfolg, welchen man aus der ex tunc-Theorie zu erklären suche ....." Durch solche widernatürliche Verrenkungen einfacher Rechtsverhältnisse hat Gerber seiner gut angelegten und fleißig gearbeiteten Schrift Werth und Erfolg zu großem Theil benommen.

32) Es hat daher der Beklagte, der die exceptio non impleti contractus geltend macht, die Nichterfüllung des Vertrags auf Seiten des Klägers nicht zu beweisen, obgleich der Dolus des Klägers doch gerade darin besteht, daß er die Leistung begehrt, ohne selbst die Gegenleistung gemacht zu haben, also die Nichterfüllung das Fundament der exceptio doli des Beklagten bildet (vgl. Gerber S. 56), weil eben die Gegenforderung des Beklagten, welche sich als daseiend schon aus dem zweiseitigen Vertrag, auf den sich der Kläger stützt, ergibt, so lange als bestehend angenommen werden muß, als nicht ihre Erlöschung vom Schuldner (Kläger) dargethan wird. (Diese Vertheilung der Beweislast wird allgemein anerkannt, vgl. Bethmann S. 344, Vangerow III S. 304 und oben §. 123 Anm. 1 a. E.; nur Kierulff I §. 291 Note* scheint a. A. zu sein.) Ebenso hat der Beklagte, der mit der Klage aus einem formellen Vertrag (Stipulation, Wechsel) belangt wird und seine exceptio doli darauf stützt, daß ihm der Kläger die Geldsumme, auf deren versprochene Entrichtung hin er den Vertrag abschloß, nicht bezahlt habe (l. 2 §. 3 D. de dol. mal. except. 44, 4 §. 1 I. de exc. 4, 13 Gaj. IV §. 116), nur dieses Versprechen (die causa futura), nicht auch die Nichterfüllung desselben zu beweisen (vgl. Bethmann S. 344, Savigny V §. 253 Note e, Bähr Die Anerkennung S. 146. 276. 277).

33) Anders verhält es sich in jenen Fällen, wo die Nichterfüllung einer Obligatio der Entstehungsgrund einer neuen Obligatio ist: hier ist die Nichterfüllung in der That die negative Bedingung der Entstehung derjenigen Obligatio, aus welcher der Gläubiger klagt, und muß daher von ihm gleich allen andern rechtserzeugenden Thatsachen ebenso erwiesen werden, wie sonst die Erfüllung einer negativen Bedingung, an welche ein Recht geknüpft ist (Note 21), vom Kläger zu beweisen ist. Daher muß der Kläger die Rückzahlung beweisen, wenn ihm ein Anderer die Zahlung unter der Bedingung versprochen hat, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfülle; l. 116 D. de V. O. (—Non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit; igitur nec Titio convento Maevius liberatur [cf. l. 2 D. de duob. reis 45, 2 l. 31 §. 1 D. de novat. 46, 2], qui an debiturus sit, incertum est, et solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tene-

stützt, hat diese Nichterfüllung nicht zu beweisen; es ist vielmehr Sache des Schuldners, die Erfüllung der Obligatio, in welcher er steht, zu beweisen (generalis regula, quae eos, qui solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit l. 25 §. 1 D. h. t. 22, 3: solutionem asseveranti probationis onus incumbit l. 25 C. de solut. 8, 43)[33a].

Von der Regel, daß jeder Theil die concreten Behauptungen, worauf er seinen Prozeßanspruch stützt, beweisen müsse, gibt es Ausnahmen rein positiver Natur, indem die Gesetze in manchen Fällen den Behauptenden von der Beweispflicht entbinden und die Beweislast auf seinen Gegner überwälzen, so daß nicht die Thatsache, worauf es zunächst und eigentlich ankommt, sondern ihr Gegentheil zu beweisen ist: in solchen Fällen wird kraft positiver Vorschrift das thema probandum und hiemit die Beweislast verändert (vgl. folg. § Nr. III 3).

IV. Unter den Parteien besteht eine durch die Natur des Verhältnisses gegebene Reihenfolge in Ansehung der Beweisführung (s. g. Eventualverhältniß)[34]. Zuerst trifft die Pflicht der Beweisführung

---

batur, quum conditio stipulationis deficit: nec Maevius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri, a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur); vgl. hiemit auch §. 1397 fg. a. b. G. B. Daraus erklärt sich die Bestimmung des Art. 41 lit. b der W. O., wonach der Protest sowohl über die Präsentation als über die Nichterlangung der Zahlung aufzunehmen ist, weil die Indossanten nur sub conditione, si ille non solverit, obligirt sind (vgl. Thöl Handelsrecht II §§. 210. 217. 237), der regreßnehmende Wechselgläubiger daher die Erfüllung der Bedingung, d. h. das Ausbleiben der Zahlung, zu beweisen hat.

33a) Daher hat der Gläubiger, welcher gegen den Bürgen klagt, nur darzuthun, daß er den Hauptschuldner eingemahnt habe, nicht aber auch seine Behauptung zu beweisen, daß dieser trotz der Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt habe (§. 1355 a. b. G. B. oben §. 123 Anm. 2 a. E.), da der Bürge mit dem Hauptschuldner allerdings in ein und derselben Obligatio steht (duo rei ejusdem obligationis), wenngleich nach österr. Recht der Letztere primo loco, der Erstere nur secundo loco haftet: es ist die Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner nicht eine negative Bedingung der Entstehung der Obligatio des Bürgen, sondern die Erfüllung derselben vielmehr eine rechtsvernichtende Thatsache auch in Ansehung der bestehenden accessorischen Bürgschaftsschuld. (Im Resultat stimmt Nippel Erläuter. zum a. b. G. B. VIII 1 S. 273 Note 1 überein, kommt aber zu demselben doch wohl nur von seinem unrichtigen Standpunkt, Note 16, aus.)

34) Vgl. Gönner Handb. II Abh. 37 §. 17, Weber Verbindl. Absch. VI §§. 6. 37—40, Puchta Vorles. I S. 222; vgl. auch Rizy Verbindl. S. 11. 12. 60 fg.

den Kläger, da sein Anspruch es ist, um den der ganze Prozeß geführt wird: der Kläger will eine Veränderung des gegenwärtigen Zustandes herbeiführen, er muß zu diesem Zweck den Gegner angreifen, und, um ihn aus seiner Position hinauszutreiben, eine größere Kraft entwickeln als dieser, der sich nur in seinem gegenwärtigen Zustand zu erhalten sucht[35] (Actoris est probare non rei). Kommt der Kläger mit seinem Beweis nicht auf, so wird er abgewiesen und der Beklagte von der Klage losgesprochen (absolutio ab actione), sollte gleich der Beklagte Einreden nicht vorgeschützt[36] oder selbst nichts bewiesen haben (Actore non probante reus absolvitur etsi ipse nihil probaverit l. 4 C. de edend. 2, 1)[37]. Hat der Kläger den Beweis seiner Behauptungen erbracht oder sind dieselben gar nicht beweisbedürftig, so trifft nunmehr erst[37a] den Beklagten die

35) Auch dieß drückt der Satz aus: Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit l. 21 D. de prob. (22, 3) cf. l. 8 C. h. t. (4, 19) Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur. l. 20 eod. — cum petitori probationis onus incumbat. l. 2 l. 23 eod. l. un. C. de probat. sequestr. pec. (4, 4).

36) l. 9 C. de except. (8, 36) Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est.

37) l. 28 C. de R. V. (3, 32) l. 2 l. 23 C. h. t. §. 4 I. de interd. (4, 15). Darin, daß den Kläger die Beweispflicht primär trifft, besteht das onus petitoris und das s. g. commodum possessoris; §. 4 I. cit. Et quia longe commodius est, possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione (vgl. bürg. Gesetzb. §. 347 a. E.). Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, quum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet. (cf. l. 128 pr. D. de R. J. In pari causa possessor potior haberi debet. l. 5 pr. i. f. D. si ususfr. pet. 7, 6 §§. 374. 324 a. b. G. B.). Deßhalb ist es eine Strafe, d. h. ein rechtlicher Nachtheil, wenn der den Besitz der Streitsache läugnende Beklagte verhalten wird, dem Kläger „deswegen allein schon den Besitz abzutreten", obgleich er das Recht behält, „in der Folge seine Eigenthumsklage anzustellen" (§. 376 a. b. G. B. l. 80 D. de R. V.): es trifft jetzt ihn die primäre Beweispflicht. — Die Parteirollen des Klägers und Beklagten werden daher auch in den Quellen mit den Ausdrücken petitoris und possessoris partes sustinere bezeichnet cf. l. 15 D. de O. N. N. (39, 1) l. 62 D. de jud. (5, 1) l. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5) l. 14 D. h. t.; über den Ausdruck possessor zur Bezeichnung des Beklagten vgl. Savigny Recht des Besitzes §. 8 und Weber Verbindl. VI §. 6 Note 19.

37a) Eine Ausnahme machen die s. g. prozeßhindernden Einreden (exc. litis ingressum impedientes vgl. oben §. 125 Note 38), da der Beklagte durch deren Vorschützung die Einlassung auf die Klage ablehnen und es somit gar nicht zum Klagebeweis kommen lassen will.

Pflicht zur Beweisführung in Ansehung jener selbständigen Behauptungen (Einreden im weiteren und engeren Sinn), worauf er seine Gegenbitte gestützt hat [38]. Ebenso verhält es sich in Ansehung der Repliken und Dupliken, jenachdem dieselben bloßes Läugnen oder selbständige Behauptungen enthalten [38a]. Ob diese natürliche Reihenfolge auch prozessualisch in einer Reihenfolge successiver Beweisführungen hervortritt, hängt von der Einrichtung des Prozesses ab [39].

Anmerkung. Die Frage, welchen Theil die Beweislast treffe, wenn der Beklagte der auf eine zwei- oder einseitige Willenserklärung gestützten Klage die Behauptung gegenüberstellt, der Wille sei unter einer Suspensivbedingung erklärt worden, ist bekanntlich schon von der Glossatorenzeit her (glossa ad l. 9 C. de except. 8, 36) äußerst lebhaft bestritten (vgl. die Literatur bei Vangerow I §. 163 und Rob. Schneider „Über die Beweislast in dem Fall, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden" in der sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung N. F. Bd IX Hft 1 Nr. I S. 1—68,

---

38) l. 1 l. 19 C. h. t. (4, 19) l. 9 C. de except. (8, 36).

38a) Vgl. Weber Verbindl. Abschn. VI §§. 38. 39.

39) Im justinianischen Prozeß trat diese natürliche Reihenfolge in der Beweisführung auch prozessualisch hervor, indem zuerst der Kläger den Beweis seiner Behauptungen (und zwar sogleich mit den Behauptungen den erforderlichen Beweis) führen mußte, und erst, wenn dieser gelungen war, der Beklagte (und zwar auch hier wieder in demselben Prozeßstadium der Behauptungen) den Beweis seiner peremtorischen und jener dilatorischen Einreden zu führen hatte, welche die Sache selbst (merita causae), nicht bloß den Gang des Prozesses betreffen; l. 9 C. de except. 8, 36 l. 19 C. de prob. (4, 19), vgl. Bethmann Handb. des Civilproz. I §§. 23. 24, Puchta Instit. II §. 185, Planck Beweisurtheil §§. 13—15. (Die direkte Gegenbeweisführung schloß sich immer der Hauptbeweisführung unmittelbar an, Bethmann Handb. S. 272.) Ebenso im canon. Prozeß (Planck S. 141, vgl. auch Pfeiffer in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XII S. 157 fg.) und im reichskammergerichtlichen Prozeß (vgl. Planck S. 177 fg.), bis die allmälige Ausbildung des Eventualprinzips (vgl. Albrecht die geschichtl. Entwickl. des Eventualprinzips S. 40 fg. 45 fg. 50 fg.) in Verbindung mit anderen Umständen endlich dahin führte (vgl. auch die leichte Übersicht gewährende Abhandl. von Rau „Über die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens im heutigen gemeindeutschen ordentl. Prozeß von der Stellung desselben im Beweisverfahren nach röm. canon. und älterem und neuerem Reichsgerichtsprozeß" im civ. Arch. Bd XXXVIII Nr. X S. 203 fg. Nr. XVII S. 409 fg. Bd XXXIX Nr. III S. 72 fg.), daß seit dem vorigen Jahrhundert sämmtliche Beweisführungen beider Parteien zu gleicher Zeit und zwar in einem abgesonderten Prozeßstadium (s. g. Beweisverfahren) stattfinden (vgl. Planck S. 225. 226, Bayer Vortr. §. 280), was auch nach österr. Recht (und zwar auch in Ansehung des s. g. eigentlichen Gegenbeweises, vgl. §. 169 A. G. O. §. 182 G. P. O.) gilt. Diese Verschiedenheit der prozessualischen Einrichtung ändert natürlich nichts daran, daß der Sache nach die verschiedenen Beweisführungen durchgehends in dem geschilderten Eventualitätsverhältniß zu einander stehen.

§. 2). Diese Frage löst sich in die Frage auf, ob der Beklagte durch eine solche Antwort den Klagegrund läugne, oder denselben zugestehe und daneben excipire, ob also die Antwort des Beklagten als s. g. negative Litiscontestation oder als Einrede (im weiteren Sinn) anzusehen sei (vgl. Note 27). Diese Frage kann nur aus dem Wesen der Suspensivbedingung gelöst werden (vgl. oben §. 82 Note 3 a. E.). Die suspensivbedingte Willenserklärung ist die Erklärung eines suspensivbedingten Willens; die suspensive Bedingung ist eine Selbstbeschränkung des Willens in Ansehung seines Daseins (§. 82 Nr. II 3); der nur auf einen gewissen Fall gesetzte Wille ist ein wesentlich anderer als der auf alle Fälle gesetzte: unbedingte und suspensivbedingte Willenserklärung sind ebenso qualitativ verschieden, wie kategorisches und hypothetisches Urtheil, da sie Erklärung eines verschiedenen Willens, also eines verschiedenen Inhalts sind. Wenn A eine einfache (unbedingte) Willenserklärung und B eine suspensiv bedingte Willenserklärung behauptet, so poniren beide ebenso sehr Verschiedenes, als wenn A behauptet, der Vertrag sei unter der Suspensivbedingung x geschlossen, während B behauptet, er sei unter der Suspensivbedingung y geschlossen worden: macht schon der Inhalt der Bedingungen die bedingten Willenserklärungen unter einander zu verschiedenen (und daß dem so sei, daß also in solchen Fällen der Klagegrund geläugnet sei und Kläger den Beweis seiner Behauptung zu führen habe, kann nicht bezweifelt werden, vgl. Schneider S. 32), um wie viel mehr muß dieß der Fall sein zwischen unbedingten und bedingten Willenserklärungen. Diese Inhaltsverschiedenheit zeigt sich klar, wenn man die Formeln für die unbedingte und die suspensiv bedingte Willenserklärung betrachtet; dort wird erklärt: ich will kaufen, schenken u. s. f., hier: ich will nicht kaufen, schenken u. s. f., es müßte denn sein, daß x geschieht, für welchen Fall allein gekauft, geschenkt, vermacht u. s. f. sein soll (nolo-volo si, oben §. 82 Note 28. 75); sie tritt noch bestimmter hervor, wenn der Beklagte unter einer unmöglichen Bedingung versprochen zu haben behauptet, indem er hiemit gegenüber der klägerischen Behauptung, er habe gewollt, geradezu behauptet, er habe nicht gewollt (vgl. §. 82 Note 16). Kläger behauptet den Abschluß eines Geschäfts, woraus Beklagter (ohne weiteres) verpflichtet sei, Beklagter den Abschluß eines Geschäfts, woraus er (noch) nicht verpflichtet sei (Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri §. 4 I. de verb. oblig. 3, 15 l. 13 §. 5 D. de pign. 20, 1 l. 213 pr. D. de V. S.); Kläger stützt sich auf eine obligatio perfecta, Beklagter behauptet eine obligatio imperfecta (l. 7 pr. D. de C. E. 18, 1 l. 10 §. 4 D. de J. D. 23, 3 l. 8 pr. D. de peric. 18, 6 l. 43 §. 9 D. de aed. ed. 21, 1, vgl. Schneider §. 5), jener ponirt das Dasein (die Wirklichkeit) dieser das Nichtdasein (die bloße Möglichkeit) des fraglichen Rechtsverhältnisses, z. B. einer Schenkung, eines Legats, eines Darlehens (l. 4 pr. D. de R. C. 12, 1). Der Beklagte, welcher behauptet, daß er nur unter einer Suspensivbedingung gewollt habe, läugnet hiemit das (einfache, unbedingte) Geschäft, auf das sich der Kläger stützt: nur ist sein Läugnen kein einfaches, sondern ein motivirtes, indem er nicht diese, sondern eine andere Erklärung abgegeben, nicht: ich will, sondern: ich will wenn — erklärt zu haben behauptet. Dasjenige, worin beide Theile übereinkommen, ist, daß ein Geschäft geschlossen wurde; dasjenige, worin sie differiren, ist die Beschaffenheit des Geschäfts, wodurch es zu diesem individuellen Geschäft (Vertrag) wird: in der Berufung

des Beklagten auf eine Suspensivbedingung liegt sonach die Negation des vom Kläger behaupteten Geschäfts durch die Position des Abschlusses eines andern Geschäfts, somit dasjenige, was man gewöhnlich eine exceptio rei non sic sed aliter gestae nennt. Diese s. g. exceptio ist aber (vgl. oben §. 124 Note 6) gar keine wahre Einrede, sondern vielmehr bloße Verneinung des Klaggrundes unter dem Schein selbständiger Behauptung, welcher dadurch entsteht, daß das gestum zugegeben wird, während das sic gestum negirt wird, indem das aliter gestum behauptet wird: da nun der Kläger ein sic gestum behauptet und auf diese individuelle Thatsache seinen Anspruch stützt, so liegt in der Antwort des Beklagten ein indirektes Läugnen, eine qualificirte Negation, eine negatio per positionem alterius (vgl. oben §. 124 Nr. I). Es verhält sich mit der Behauptung des Beklagten, er habe nur unter einer Suspensivbedingung versprochen, in ähnlicher Weise, wie wenn er behauptet, es sei zwar contrahirt, aber nicht geliehen, sondern geschenkt worden; es sei zwar contrahirt worden, aber nicht über das Objekt a, sondern über b, oder über a und b; oder er habe nicht 1000, sondern 100 empfangen oder versprochen; er habe nicht einfach, sondern alternativ, nicht für sich, sondern als Stellvertreter für einen Anderen versprochen: in all diesen Fällen gibt der Beklagte zu, er habe contrahirt, läugnet aber den vom Kläger behaupteten Inhalt des Vertrags. Da es nun nicht auf den Vertrag in genere, sondern auf den speziellen vom Kläger behaupteten Vertrag ankommt, und da der Vertrag mit anderem Inhalt ein anderer ist, so liegt hier stets ein (qualifizirtes) Läugnen des Klagegrunds vor. Ist dies aber der Fall, so versteht es sich von selbst, daß die Beweislast den Kläger treffen muß. Hieraus ergibt sich zugleich, was der Kläger zu beweisen habe. Das Beweisthema des Klägers kann nur der vom Beklagten geläugnete Klagegrund, also das vom Kläger behauptete (perfekte) Geschäft bilden, nicht etwa, wie man öfters mit Unrecht behauptet (vgl. dagegen insbesondere Götting in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd II S. 169 fg., Schneider S. 45 fg.), die Unbedingtheit (Purität) der fraglichen Willenserklärung. So wenig nemlich die Bedingung ein plus zur Willenserklärung ist, so wenig ist die unbedingte Willenserklärung eine Erklärung minus einer Bedingung: unbedingte und bedingte Willenserklärung sind nicht quantitativ, sondern qualitativ verschieden, nicht ein mehr oder weniger, sondern ein ganz anderes, sie verhalten sich zu einander nicht wie x : x + 1, sondern wie x : y (vgl. oben §. 82 Note 28). (Wie es kommt, daß dennoch der Hauptdeid in solchen Fällen mit Rücksicht auf die Bedingtheit oder Unbedingtheit geformelt wird, darüber sowie über die sonstige Beweisführung vgl. insbesondere Schneider S. 47 fg.) Räumt der Kläger in der Replik das Vorbringen des Beklagten, daß unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden sei, ein, so ist der Kläger mit seinem Begehren abzuweisen, da er selbst zugibt, daß die Willenserklärung, wie er sie behauptet, nicht existire (vgl. Schneider S. 42), doch steht es ihm natürlich frei, mit einer neuen auf die bedingte Willenserklärung gestützten Klage aufzutreten; auch muß man für das österr. Recht (über das sächsische vgl. Schneider S. 42) wohl behaupten, daß es dem Kläger gestattet sei, in der Replik mit dem Zugestehen oder Abläugnen des Vorhandenseins einer Suspensivbedingung die Behauptung (und Beweisanbietung) zu verbinden, daß die Bedingung jedenfalls in Erfüllung gegangen sei, da einerseits der Beklagte in der Duplik sich über diese Behauptung noch äußern kann,

und andererseits der Kläger bei seiner Berufung auf dieselbe Obligatio, welche perfekt sei (sei es nun gleich von Anfang oder doch durch Erfüllung der vom Beklagten behaupteten Suspensivbedingung), also auf dasselbe gegenwärtig daseiende Rechtsverhältniß stehen bleibt. — Daß die Beweislast nicht den Kläger, sondern den Beklagten treffe, wenn dieser sich darauf beruft, daß späterhin, also nach Abschluß des vom Kläger allegirten Geschäfts demselben eine Suspensivbedingung hinzugefügt worden sei, versteht sich von selbst (vgl. Schneider S. 36. 37). Deßgleichen, wenn Beklagter die gleichzeitige oder spätere (cf. l. 44 §. 2 D. de O. et A. 44, 7) Hinzufügung einer Resolutivbedingung behauptet (vgl. Schneider S. 35), da er hiemit zugibt, gewollt zu haben, und nur für einen gewissen Fall, dessen Eintritt er gleichzeitig behauptet, nicht gewollt zu haben vorgibt (volo-nolo si, vgl. oben §. 82 Note 29. 75): der Beklagte gesteht also das Geschäft, worauf Kläger seinen Anspruch stützt, zu, behauptet aber die Wiederauflösung desselben (negotium purum, quod sub conditione resolvitur, oben S. 76 fg.), ponirt also, daß er nicht mehr verpflichtet (befreit) sei, während bei der Berufung auf eine Suspensivbedingung Beklagter (in der angegebenen Weise) nicht verpflichtet worden zu sein behauptet; in beiden Fällen behauptet der Beklagte die Nichtexistenz des Klaganspruchs, dort dessen spätere Vernichtung, hier dessen Nichtentstandensein, dort die Erlöschung des entstandenen Rechtsverhältnisses, hier das Nichtentstandensein desselben. — Die hier vertheidigte Ansicht, wonach den Kläger die Beweislast trifft, wenn der Beklagte sich auf eine Suspensivbedingung beruft, war in früherer Zeit die herrschende und ist es wohl auch noch h. z. T. (vgl. die literarischen Nachweise bei Schneider §. 2); sie ist in neuerer Zeit, zum Theil mit unrichtigen Gründen und mit unrichtiger Normirung des Beweisthema's, vertheidigt worden von Weber Verbindl. zur Beweisführ. 3. Aufl. S. 176. 177, Heffter Zusätze S. 246, Borst Beweislast §. 78, Linde Abhandl. I S. 116 fg., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl II S. 152 fg. (mit Zurücknahme seiner entgegengesetzten im civ. Arch. Bd II S. 217 fg. ausgesprochenen Ansicht und mit Stellung des Beweisthema's auf die puritas negotii), Francke Das qualificirte Geständniß (1832) S. 17 fg. 43 fg., Albrecht Die Exceptionen S. 194. 202 fg. 207, Knappe Except. S. 107. 108, Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen Civilproz. 2. Aufl. §. 284, Zum Bach Das Geständniß vor dem Civilgericht (1845) S. 191 fg., Brackenhöft im civ. Arch. Bd XXII S. 220 fg., Götting „Über die Beweislast, wenn die Hinzufügung einer Suspensivbedingung behauptet wird", in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd III Nr. V S. 165 fg., Schneider in der angef. Abhandl. (der jedoch S. 24 fg., gleich Hasse im Rhein. Mus. III S. 134 fg. und Götting in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd I S. 250 fg, von der unrichtigen und überflüssigen Annahme zweier Verträge und Obligationen bei einem negotium conditionale, eines präparatorischen und eines eventuellen Vertrags, einer künftigen und einer gegenwärtigen Obligatio ausgeht; gegen Schneider hat sich Einert in derselben Zeitschr. Bd IX Nr. VIII erklärt, ihm folgt Hänel daselbst Nr. XIX, wogegen Schneider daselbst Nr. XX seine Ansicht wieder vertheidigt hat), Helmolt Unterschied zwischen Klagableugnung und Einrede §§. 13—15. 20 (mit Stellung des Beweisthema's auf die Unbedingtheit des Geschäfts), Reinhold Beiträge §. 18 (Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XIII

S. 171 fg., der aber gleichfalls zwei Verträge und Obligationen annimmt, Wetzell System I S. 109, Bayer Vortr. S. 738 fg., Bolgiano in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XVI S. 88 fg., von österr. Schriftstellern Pratobevera Mater. III S. 103 (der aber den Beweis auf die Unbedingtheit des Geschäfts stellt und dem Kläger selbst dann die Beweislast aufbürden will, wenn Beklagter eine Resolutivbedingung behauptet, vgl. dagegen auch Schneider Note 109), Nippel Erläut. zur A. G. O. II S. 632. 633, Haimerl im Magaz. Bd VI S. 264 fg. (der aber gleichfalls den Beweis der puritas negotii fordert). Die entgegengesetzte Ansicht, wonach die Behauptung einer Suspensivbedingung eine Einrede (im weiteren Sinn) bildet und die Last des (Vor-, Haupt-) Beweises daher den Beklagten trifft, ist in neuerer Zeit insbesondere von manchen Civilrechtslehrern, und darunter selbst von den bedeutendsten, mit den verschiedensten Gründen vertheidigt worden (vgl. hierüber Schneider §. 12), so von Bethmann-Hollweg Versuche S. 354. 355 (mit unrichtiger Berufung auf das Verhältniß von Regel und Ausnahme), Schmidt Gemischte Einreden S. 55 fg., Kierulff Theorie I S. 299 fg. in der Note (der sich jedoch in mannigfachen Widersprüchen bewegt), Savigny System V S. 155. 185 (der aber auch behauptet, daß Beklagter beweisen müsse, er habe alternativ versprochen), Wächter Hdb. II S. 437. 450 fg. 495, Puchta S. 97 Vorles. I S. 223. 224 (beide mit willkürlicher Aufstellung einer Rechtsvermuthung für die Unbeschränktheit eines Rechtsgeschäfts), Schmid Handb. des Civilproz. II §. 118 (gleichfalls unter Aufstellung einer angeblichen Präsumtion für die puritas negotii), Osterloh Lehrb. II §. 184 Note 6 (deßgleichen), Wirth Beweislast und Einreden S. 31. 32 (weil die „Bedingungen dem Vertrag gegenüber in das Gebiet des Unwesentlichen, Zufälligen und nur rechtlich Möglichen fallen"), Helmolt Verhältn. der Except. zur Beweisl. S. 179 fg. 197 fg. 321 fg. (der sogar lehrt, daß die Behauptung einer Suspensivbedingung eine technische exceptio sei!); von österr. Schriftstellern Schuster Civilproz. S. 90.

Daß, wenn der beklagte Schuldner die Festsetzung eines Anfangstermins behauptet, ihn die Beweislast treffe, wird ziemlich allgemein gelehrt, und mit Recht. Beklagter gibt nemlich den Abschluß des vom Kläger behaupteten Rechtsgeschäfts (z. B. der Schenkung, des Darlehens, des Commodats), zu, behauptet aber dennoch, zur Zeit nicht leisten zu müssen (gegenwärtig nicht dari fieri oportere l. 9 pr. D. de R. C. 12, 1): es ist daher an ihm darzuthun, daß trotz der zugegebenen Existenz der rechtserzeugenden Thatsache das Forderungsrecht als gegenwärtiges nicht existire, daß also die behauptete Ausnahme von der Dispositivvorschrift des §. 904 a. b. G. B. vorhanden sei. (Eine Anwendung hievon findet sich in §. 975 a. b. G. B. Von unseren Schriftstellern, z. B. Zeiller III S. 216 und Stubenrauch III S. 168, wird mit Unrecht die Bestimmung des §. 975 a. b. G. B. auf eine angebliche Präsumtion zurückgeführt und darauf hin die unrichtige Folgerung gebaut, daß „im Zweifel eher ein Bittvertrag als ein Leihvertrag anzunehmen sei": wie wäre es denn, wenn Kläger Rückzahlung eines Darlehens verlangt, und Streit über den früheren oder späteren Termin der Rückzahlung entsteht?) Die Verschiedenheit der Beweisregulirung, wenn der Beklagte eine Suspensivbedingung oder einen Anfangstermin behauptet, erklärt sich daraus, daß der Beklagte in jenem Fall die Existenz der rechtserzeugenden

Thatsache und hiemit das vom Kläger behauptete Rechtsverhältniß leugnet (z. B. den Empfang einer Geldsumme als Darleihen und hiemit die Existenz der vom Kläger behaupteten Darleihensobligatio l. 4 pr. D. de R. C.), während er in letzterem Fall diese Klagebehauptungen zugibt und dennoch zur Zeit nicht leistungspflichtig zu sein behauptet (z. B. den Empfang der Darleihenssumme und hiemit die behauptete Darleihensobligatio zugesteht, und dennoch gegenwärtig zur Rückzahlung nicht verpflichtet zu sein behauptet, weil er in diem promittirt habe l. 9 pr. cit. 12, 1): dort läugnet er den Klagegrund, hier gibt er ihn zu, sucht sich aber durch eine Einrede (im weiteren Sinn) zu schützen.

2. Die Rechtsvermuthungen[1].

§. 130. I. Eine Partei, welche dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit ihrer prozessualischen Behauptung verschaffen will, kann dieß auf zweifache Weise thun. Sie beweist entweder geradezu den Inhalt ihrer Behauptung, die beweisbedürftige Thatsache selbst, oder sie beweist eine andere Thatsache, von welcher ein Schluß auf die Wahrheit der eigentlich zu beweisenden Thatsache gezogen werden kann. Im ersten Fall nennt man den Beweis einen unmittelbaren (direkten, natürlichen) im zweiten einen mittelbaren (indirekten, künstlichen)[2]. Der künstliche Beweis ist hienach jener Beweis, welcher nicht unmittelbar über die zu beweisende Behauptung (Thatsache) selbst, sondern zunächst über eine andere Behauptung (Thatsache) geführt wird, aus welcher aber die Wahrheit der das eigentliche Beweisthema bildenden Behauptung im Weg der Schlußfolgerung sich ergeben soll, also ein Beweis mittelst

1) M. Weindler Über Vermuthungen vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre 1802, Weber Verbindl. zur Beweisführung Abschn. V „Über die Vermuthungen“ S. 63—65, A. W. Feuerlein Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen 1810 auch in Gönner's Archiv f. Gesetzgeb. Bd IV Nr. I S. 1—132), Osterloh Dissertatio de praesumtionis vi ac natura 1854 Lehrb. I §. 133. (Ganz bedeutungslos sind die Ausführungen von Langenbeck Die Beweisführung I S. 191 fg.) Die ältere Literatur s. bei Schuster Theor.-prakt. Comment. über das bürg. Gesetzb. I S. 127 Note a. — Kremer Versuch über die Vermuthungen überhaupt und die gesetzlichen nach dem österr. a. b. G. B. insbesondere. 1818 (303 SS.).

2) Über die Eintheilung des Beweises (Haupt- und Gegenbeweises) in direkten und indirekten vgl. Bayer Vortr. §. 225, Schmid Hdb. II §. 118, Pratobevera Mater. II S. 22. 23, Haimerl Magaz. VII S. 24. 25 und in der österr. Vierteljahrsschr. II S. 153 fg. (Mit Unrecht hat sich Wagner Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1829 II S. 332 fg. gegen diese Eintheilung erklärt.)

Schlußfolgerung aus einer gewissen (erwiesenen) Behauptung auf die Wahrheit einer noch ungewissen (zu erweisenden) Behauptung. Steht die gewisse Behauptung zu der ungewissen Behauptung in einem solchen Verhältniß, daß nach den Gesetzen der Logik oder der Erfahrung von der Wahrheit der einen auf die der anderen mit innerer Nothwendigkeit geschlossen werden muß[3], so hat der künstliche Beweis die gleiche überzeugende Kraft, die der natürliche Beweis hat, und erhebt gleich diesem die zu beweisende Behauptung zur juristischen Gewißheit[4]. Findet aber zwischen dem Inhalt jener beiden Behauptungen ein solcher nothwendiger innerer Zusammenhang nicht statt, so fehlt es der Folgerung von der Wahrheit der einen Behauptung auf die der anderen an der stringenten Schlüssigkeit, die Gewißheit in Ansehung der einen Behauptung gewährt nicht auch in Ansehung der anderen Gewißheit, sondern nur größere oder geringere Wahrscheinlichkeit[4a]. Solche Schlußfolgerungen von der Wahrheit einer Behauptung auf die einer anderen, welche nicht mit voller Sicherheit gezogen werden können und daher nicht juristische Gewißheit sondern nur Wahrscheinlichkeit bewirken, heißen **Vermuthungen** (praesumtiones, indicia)[5].

Eine Partei, welche in Ansehung einer von ihr zu beweisenden Behauptung nur eine Vermuthung hervorzurufen vermag, hat hiemit ihrer Beweisverbindlichkeit in der Regel nicht Genüge gethan, da die fragliche Behauptung hiedurch nur in den Kreis natürlicher Wahrscheinlichkeit, nicht in die Sphäre der erforderlichen juristischen

---

3) Z. B. Beweis des Todes durch Aussage von Zeugen, welche die fragliche Person in einen tiefen Abgrund stürzen sahen (Hofkzldkr. 17. Febr. 1827 **Wessely** I Nr. 695, prov. C. P. O. §. 193 fg.), Beweis der Unechtheit einer Privaturkunde durch den Nachweis, daß der Aussteller nicht schreiben kann, Beweis des Nichtabschlusses eines Vertrags durch Nachweis des s. g. Alibi u. s. f.

4) Daß ein solcher indirekter Beweis (auch indirekter künstlicher Beweis im engeren eigentlichen Sinn genannt) nach österr. Prozeßrecht zulässig sei, hätte nie bezweifelt werden sollen (vgl. **Pratobevera** Mater. II S. 23, **Haimerl** Magaz. VII S. 25 Note** Vierteljahrsschr. II S. 154); ausdrücklich ist dessen Zulässigkeit jetzt anerkannt in §. 105 prov. C. P. O.

4a) Vgl. **Feuerlein** §. 11.

5) Vgl. **Feuerlein** §. 20, **Kremer** §. 17, **Bayer** §. 225. Eine Vermuthung ist überhaupt das Fürwahrhalten aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie zur völligen Gewißheit nicht hinreichen (vgl. **Weber** Verbindl. Abschn. V §. 1): **Brissonius** s. h. v. Praesumtio est opinio vel conjectura ducta a lege sive judice ab eo, quod ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidere solet.

Gewißheit erhoben ist (§. 150 A. G. O. §. 105 G. P. O.)[6]. Eine Ausnahme hievon findet in jenen Fällen statt, in welchen ein positiver Rechtssatz[7] einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung (Vermuthung) die Kraft beilegt, juristische Gewißheit zu verschaffen (§. 105 cit.). Solche kraft gesetzlicher Vorschrift juristische Gewißheit gewährende Vermuthungen[8] heißen im Unterschied von den zu bloßer Wahr-

6) Eine andere Frage ist es, ob mehrere zusammentreffende unzweideutige Indicien einen selbständigen Beweis, den s. g. Indicienbeweis, zu bilden im Stande seien: über den Indicienbeweis überhaupt und dessen Statthaftigkeit im österr. Prozeßrecht insbesondere vgl. Unger in der österr. Vierteljahrsschr. 1 S. 91 fg. (Gegen die dort ausgesprochene Ansicht hat sich Haimerl ebda II S. 157 fg. erklärt, indem er behauptet, daß dem Richter in den Fällen, in welchen ihn das a. b. G. B. anweist, „nach den Umständen" zu entscheiden, gestattet werde, „ohne eigentlichen Beweis bloß nach seiner freien den obwaltenden Umständen entnommenen Überzeugung, daher auch nach seiner Privatnotiz vorzugehen oder zu entscheiden": die erstere Behauptung ist unzutreffend, da eben die zusammentreffenden Umstände den „eigentlichen Beweis" bilden: die letztere Behauptung ist in grellem Widerspruch mit dem Fundamentalprinzip quod non est in actis non est in mundo, wonach der Richter bei Fällung des Urtheils nur das von den Parteien gelieferte Material, nicht seine eigene Kenntniß der Verhältnisse berücksichtigen darf, und würde jede Reformation des unterrichterlichen Urtheils unmöglich machen. Die Ausführung und Vertheidigung der These, daß auch nach österr. Prozeßrecht der Indicienbeweis zulässig sei, soll an einem andern Ort geführt werden.)

7) Dieser positive Rechtssatz wird nach österr. Recht in der Regel ein Gesetz im engern Sinn (Bd I §. 2 Note 1) sein müssen (vgl. §. 105 cit.). Es gibt aber freilich auch im heutigen österr. Recht Vermuthungen, welche die Kraft der Rechtsvermuthungen haben, und denen dennoch „durch das Gesetz insbesondere keine Kraft beigelegt ist", was einerseits gewöhnlich übersehen wird, andererseits wieder einen Beweis dafür liefert, daß nicht alles geltende Recht in den Gesetzbüchern enthalten ist: so besteht z. B. die in keinem Gesetz sanctionirte Rechtsvermuthung (denn auf §. 323 a. b. G. B. wird sich wohl niemand dafür berufen wollen), daß die (Beweis- oder Dispositiv-) Urkunde, welche sich in den Händen des Gläubigers resp. Schuldners befindet, demselben durch den Aussteller übergeben worden sei (vgl. Thöl Handelsr. II §§. 180. 202. 212. 234, Bähr Die Anerkennung §§. 59. 60, Unger Inhaberpap. §. 19). — Während man stets der Ansicht war (vgl. Weber Verbindl. V §. 3, Gensler im civ. Arch. I S. 34. 346 Note *), daß nur Rechtsvermuthungen juristische Gewißheit gewähren, hat Feuerlein in der angef. Abhandl. auch den einzelnen einfachen (gemeinen) Vermuthungen dieselbe Kraft zuschreiben wollen (vgl. auch a. 1353 Cod. civ.): diese unrichtige Behauptung hat Borst Beweislast §§. 35—39 ausführlich widerlegt. (Über s. g. einfache Vermuthungen vgl. auch Wirth S. 51 fg., der jedoch die Natur des Anerkennungsvertrags verkennt.) Über die Ursachen, aus welchen, und die Voraussetzungen, unter welchen das positive Recht Vermuthungen aufstellt, vgl. Weber V §. 2, Feuerlein §. 12 fg.

8) Die Rechtsvermuthungen bilden daher gleich der Notorietät einen Beweisgrund (vgl. Jordan im R. L. II S. 110 fg., Fitting Haupt- und Gegenbeweis §. 9): eine Behauptung, für welche eine Rechtsvermuthung streitet, bedarf, vor-

scheinlichkeit führenden Präsumtionen (s. g. einfachen, gemeinen Vermuthungen, praesumtiones hominis, facti) **gesetzliche** (qualifizirte) Vermuthungen, **Rechtsvermuthungen** (praesumtiones juris[8a], legis). Ein Gesetz, welches eine Rechtsvermuthung aufstellt, schreibt dem Richter vor, eine Behauptung nicht bloß für wahrscheinlich sondern für wahr (gewiß) anzunehmen, sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen (gewiß) ist[9]. Die Rechtsvermuthungen sind hiernach lediglich für die Beweisführung von Bedeutung, und haben daher in der Sphäre der civilrechtlichen[9a] Lehre vom Beweise ihre Stelle zu finden[10].

---

ausgesetzt daß ihre Prämissen gewiß sind, keiner Beweisführung mehr, weil kraft gesetzlicher Vorschrift schon ein genügender Grund vorhanden ist, sie für wahr zu halten; vgl. auch §. 105 A. G. O.

8a) Der Ausdruck jus wird hier, in derselben Weise wie bei dem Ausdruck universitas juris (Bd I §. 57 Note 2), im objektiven Sinn genommen: eine vom objektiven Recht (jus) aufgestellte Vermuthung. Wenn Osterloh Lehrb. I §. 133 Note 3 bemerkt, daß auf solche Fälle, in denen die Schlußfolgerung zur juristischen Gewißheit führt, der Ausdruck „Vermuthung" wenig passe, so ist dieß insofern allerdings richtig, als die Rechtsvermuthung keine bloße Vermuthung (Wahrscheinlichkeit), sondern rechtliche Gewißheit begründet: „der allgemeine Begriff der Vermuthungen aber paßt auch auf sie, da es Wahrscheinlichkeitsschlüsse sind, denen nur durch das Gesetz eine besondere Wirkung beigelegt ist" (Mühlenbruch Lehrb. I §. 146 Note 13). — Mit Unrecht meint Gensler im civil. Arch. IV S. 301, daß im Fall von Rechtsvermuthungen nicht ein indirekter, sondern ein direkter Beweis stattfinde; vgl. dagegen schon Glück XXI S. 229.

9) In diesem Sinn kann man mit Pratobevera Mater. II S. 54 fg. (der aber nur die praesumtiones juris et de jure S. 67 so nennt) die Gesetze, welche Rechtsvermuthungen aufstellen, gesetzliche Imperative nennen. In den Fällen der Note 3 wird die Schlußfolgerung kraft innerer, bei den Rechtsvermuthungen kraft äußerer Nothwendigkeit gezogen.

9a) Im Prozeßrecht gehört die Lehre von den Vermuthungen im Allgemeinen an den Ort, wo die Frage untersucht wird, welche Behauptungen beweisbedürftig seien, d. h. einer besonderen Beweisführung bedürfen (vgl. Weber Verb. S. 24 Note *, Planck Beweisurtheil §. 31): im materiellen Recht sind die einzelnen Rechtsvermuthungen bei den betreffenden Rechtsverhältnissen, dort wo von der Regelung der Beweislast zu handeln ist (§. 129 Note 22a), darzustellen. Das Prozeßrecht lehrt nur, daß **wenn** eine Rechtsvermuthung vorhanden ist, derjenige zu dessen Gunsten sie streitet, „von der Last des Beweises befreit sei" (§. 105 C. P. O.; vgl. jedoch Text zu Note 12 fg.), und verweist für die Frage, **ob** eine Rechtsvermuthung bestehe, also ob eine Vermuthung in dem Gesetz gegründet sei, auf das materielle Recht. Es enthalten denn auch die Civil- (nicht die Prozeß-) Gesetzbücher die Rechtsvermuthungen und zwar in passender Weise bei den betreffenden Rechtsmaterien: vgl. auch das Register zum bürg. Gesetzb. s. v. Vermuthung, welches aber freilich vieles aufführt, was keine eigentliche (echte) Rechtsvermuthung ist; vgl. Text Nr. II. III.

10) Dieß ergibt sich schon aus der Überschrift des Pandektentitels Lib. XXII

Die Rechtsvermuthungen, welche, da sie rein positiver Natur sind, nicht generalisirt werden dürfen[11], befreien die beweispflichtige Partei von der Beweislast nicht, wie man gewöhnlich behauptet[11a], sondern erleichtern ihr dieselbe nur, indem sie ihr gestatten, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz dann auf die Existenz jener geschlossen wird[12]. Die Rechtsvermuthungen verändern nichts an der

---

Tit. 3: De probationibus et praesumtionibus. Mit diesem Pandektentitel scheint Berger eben keine sehr vertraute Bekanntschaft gemacht zu haben, da er Kritische Beitr. S. 86 Note 28 behauptet, „der bekannte Titel 23, 3 enthalte meist nur Fälle über den prozessualischen (?) Beweis und höchstens in l. 13 (?) und in l. 18 (?) leise Anklänge von Vermuthungen im heutigen Sinn": was mögen wohl Vermuthungen im „nicht=heutigen Sinn" sein? Auch hat sich Berger Krit. Beitr. S. 67—95 vergebens bemüht, den Vermuthungen eine andere Bedeutung und Stelle im System zu vindiciren: die von den Gesetzen unter der Voraussetzung des Daseins einer bestimmten Thatsache statuirte Annahme des Bestandes auch einer anderen Thatsache" (S. 81) geschieht lediglich zum Zweck der Erleichterung der Beweisführung; gegen die Forderung Berger's S. 69, daß die Lehre von den Präsumtionen bei der Lehre von der inneren Beschaffenheit der Privatrechtsnormen behandelt werde, vgl. auch Demelius in seiner trefflichen Abhandlung „Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtl. und dogmat. Bedeutung" (1858) S. 92. Es ist ferner eine bloße Phrase, wenn Berger S. 95 sagt, daß „die Vermuthung als Surrogat der (wem?) fehlenden unmittelbaren Anschauung der Lebensverhältnisse nur überall dort beginnen (?) und gelten könne, wo das Gesetz den Mangel dieser Anschauung zugeben, also die Vermuthung adoptiren muß": ist etwa die Vermuthung des §. 1428 a. b. G. B. ein „Surrogat für die fehlende unmittelbare Anschauung des Lebensverhältnisses" der Zahlung? und kann oder darf etwa gar der Schuldner nicht den direkten Beweis der Zahlung durch Zeugen oder Quittung erbringen? Wenn endlich Berger bei seiner „anatomischen Zerlegung und physiologischen Prüfung" der Gesetze zu dem „formellen Resultat" kommt, daß „Fiktionen, Präsumtionen und eigentliche (?) rechtliche Dispositionen die einzig möglichen Formen der Gesetzesgebilde erschöpfen" (S. 68), so darf man wohl, ganz abgesehen von „der handgreiflichen Unklarheit, worauf diese Dreitheilung beruht" (Demelius S. 91), fragen, zu welcher „Form von Gesetzgebilden" jene gesetzlichen Bestimmungen gehören, welche Beweis= oder Auslegungsregeln enthalten?

11) Hierüber ist man h. z. T. einig; vgl. Bayer Vortr. §. 225, Linde Lehrb. §. 255, Schmid Hdb. II §. 130, Haimerl in der österr. Vierteljahrsschr. II S. 155. Die ältere Doktrin hat gegen diesen Grundsatz vielfach gefehlt, vgl. Text Nr. II.

11a) So z. B. §. 105 prov. C. P. O. „Vermuthungen, die nicht in dem Gesetz gegründet sind, befreien nicht von der Last des Beweises", vgl. §. 171 westgal. G. O.; ebenso Langenbeck S. 193, Haimerl S. 155.

12) Vgl. hierüber Feuerlein §. 29 und insbesondere die tüchtigen Ausführungen von Borst Beweislast §. 30 fg., Reinhold in der angef. Abhandl. §. 23. So hat z. B. der Schuldner, der die Rückzahlung behauptet, die Wahl, dieselbe

Vertheilung der Beweislast, sie verändern nur das Beweisthema in dem Sinn, daß sie der eigentlich zu beweisenden Behauptung eine andere substituiren und einen künstlichen Beweis für ausreichend erklären, der es an sich nicht wäre: die allgemein aufgestellte Behauptung [13], daß durch (widerlegbare) Rechtsvermuthungen die Beweislast auf den Gegner übergehe (auf ihn gewälzt werde), ist unrichtig [14].

Soll der Rechtsvermuthung im concreten Fall Statt gegeben werden, so müssen die faktischen Prämissen, aus welchen kraft gesetzlicher Vorschrift der Schluß auf die zu beweisende Behauptung zu ziehen ist, juristisch gewiß sein [15]; deßgleichen müssen, wenn eine Rechtsvermuthung nur unter besonderen Voraussetzungen stattfindet [16], diese vorhanden sein, resp. als vorhanden nachgewiesen werden [16a].

---

direkt (durch Zeugen, Quittung u. s. f.) oder indirekt durch den Beweis der Rückstellung des Schuldscheins zu beweisen, indem aus dieser Thatsache kraft gesetzlicher Vorschrift (§. 1428 a. b. G. B. vgl. Note 20) die behauptete Zahlung gefolgert wird. — Daß in dem Fall, wenn die Prämissen der rechtlichen Schlußfolgerung selbst gewiß sind, alle Beweisführung für den Beweispflichtigen entfällt, ändert nichts an der begrifflichen Wirkung der Rechtsvermuthung, da dieser Umstand ein zufälliger, dem Wesen der Rechtsvermuthung an sich fremder ist.

13) So die meisten älteren Schriftsteller (vgl. Glück I S. 271) und selbst noch viele neuere z. B. Weber V §. 3, Puchta Pandekt. §. 97 Vorles. I S. 222, Arndts §. 114 a. E., Bayer Vortr. §. 225; vgl. unten Note 51a.

14) Durch (widerlegbare) Rechtsvermuthungen geht auf den Gegner des Behauptenden die Last des (Vor-Haupt-) Beweises nicht über, sondern es entsteht nur für ihn die Veranlassung zur Gegen-Beweisführung, was aber nichts Besonderes ist, sondern sich hier ebenso verhält, wie sonst, wenn der (Haupt-) Beweis durch Zeugen, Urkunden u. s. f. hergestellt ist; vgl. Born Beweislast S. 90 fg., Fitting Haupt- und Gegenbeweis S. 75—78.

15) Sind diese Prämissen noch ungewiß, so hat natürlich derjenige, der sich auf die Rechtsvermuthung beruft, den Beweis der faktischen Prämissen der Schlußfolgerung zu führen, gegen welchen dem Gegner stets der Gegenbeweis offen steht. Die Vermuthungsgründe verhalten sich zur Vermuthung, wie die Beweisgründe zum Beweis, wie die Prämissen zum Schluß (vgl. Weindler §. 21).

16) So findet z. B. die (dem röm. Recht cf. l. 4 l. 7 D. h. t. 22, 3 fremde) Vermuthung der früheren Fehlerhaftigkeit eines verkauften Stückes Vieh (§§. 924. 925 a. b. G. B.) nur dann statt, wenn der Käufer dem Verkäufer „sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt" (§§. 926. 927 a. b. G. B.). — Ganz eigenthümlich ist das Verfahren bei der Todeserklärung, welche ja auch nichts anderes ist, als die gerichtliche Untersuchung und Feststellung, daß im concreten Fall die Voraussetzungen eingetroffen seien, an welche das Gesetz die Vermuthung des Todes knüpft; Bd I §. 27.

16a) Es gibt aber auch Voraussetzungen, unter welchen eine bestimmte Ver-

Die Rechtsvermuthungen sind in Ansehung der Wirkung, welche sie hervorbringen, doppelter Art. Bald erheben sie die zu beweisende Behauptung bloß zu provisorischer Gewißheit, bald verleihen sie ihr definitive Gewißheit. Im ersten Fall kann der Gegner desjenigen, für welchen die Rechtsvermuthung streitet, den Beweis (Gegenbeweis[17]) führen, daß troß des Vorhandenseins der Prämissen die Rechtsvermuthung im vorliegenden Fall nicht zutreffe, daß also der Schluß von der Wahrheit der einen Behauptung auf die der andern im concreten Fall unzuläßig sei, s. g. widerlegbare, einfache Rechtsvermuthungen, praesumtiones juris[17a]. Im zweiten Fall ist dieser Beweis unstatthaft und der Gegner kann nur Gründe gegen die Fürwahrannahme der die Prämisse bildenden Behauptung, nicht auch Gründe gegen die im concreten Fall stattfindende Schlußfolgerung aus derselben vorbringen[18]: s. g. unwiderlegbare,

muthung ausnahmsweise nicht stattfindet, so daß der fragliche Umstand ein Hinderniß der regelmäßigen Statthaftigkeit der Vermuthung bildet, welches nach allgemeinen Grundsätzen (oben §§. 123. 124. 129) der Gegner behaupten und beweisen muß. Dieser Art ist die der Rechtsvermuthung der Zeugung (§. 163 a. b. G. B.) entgegenstehende Thatsache des fleischlichen Umgangs der Mutter des unehelichen Kindes mit mehreren Männern während der kritischen Periode, worauf der Beklagte die s. g. exceptio (im weiteren Sinn) plurium concumbentium stützt. (Über deren Zuläßigkeit nach österr. Recht vgl. Unger in der österr. G. Z. 1857 Nr. 135—137.)

17) Dieser Beweis erscheint insofern (vgl. Fitting §. 20 Nr. I) als Gegenbeweis, als der Gegner desjenigen, für welchen die Vermuthung streitet, Gründe gegen die Fürwahrannahme der kraft Rechtsvorschrift zu präsumirenden Behauptung vorbringt: dieser Gegenbeweis wird in der Regel dadurch geführt, daß das Gegentheil desjenigen, wofür die Vermuthung streitet, bewiesen wird, vgl. z. B. §§. 278. 927. 1428 a. b. G. B. cf. l. 24 D. h. t. (Der gewöhnlich, vgl. z. B. Gensler im civil. Arch. IV S. 303 Note 28 und Borst §. 33, gelehrte Satz, daß gegen einen solchen Gegenbeweis ausnahmsweise wieder ein Gegenbeweis zuläßig sei, enthält einen unrichtigen Gedanken oder wenigstens einen unrichtigen Ausdruck, vgl. auch Bayer Vortr. S. 772 und unten Note 51.)

17a) Der Gegenbeweis kann natürlich immer nur gegen das Zutreffen der Rechtsvermuthung in concreto (gegen die Rechtsvermuthung in hypothesi), nicht gegen das Zutreffen (die Richtigkeit) der Rechtsvermuthung in abstracto (gegen die Rechtsvermuthung in thesi) geführt werden; vgl. Weber V §. 11, Gensler im civ. Arch. I S. 345 Note *, Pratobevera Mater. II S. 66.

18) Solche Behauptungen, für welche eine unwiderlegbare Rechtsvermuthung besteht, sind ebenso unbestreitbar (vgl. Puchta Gewohnheitsr. II S. 162 Note 15), wie die Behauptungen notorischer Thatsachen (vgl. §. 129 Note 10): verschieden ist nur der Grund der Unbestreitbarkeit, indem hier eine positive Rechtsvorschrift, dort die Beschaffenheit der Thatsache selbst deren Bestreitung verbietet,

qualifizirte Rechtsvermuthungen, praesumtiones juris et de jure[19]. Diese Unwiderlegbarkeit der Rechtsvermuthung ist in manchen Fällen eine absolute, in manchen bloß eine relative, so daß nur gewisse Gegner den Gegenbeweis nicht führen dürfen, während anderen Personen diese Gegenbeweisführung immerhin freisteht[19a].

Die prozessualische Behauptung, für welche eine Rechtsvermuthung streitet, kann einen zweifachen Inhalt haben. Es gibt Behauptungen einzelner bestimmter Thatsachen (s. g. faktische, thatsächliche Behauptungen), für welche eine Rechtsvermuthung

---

indem das Abläugnen des Notorischen nur als eine Chicane zu betrachten wäre (notorium — per evidentiam rei, quae nulla possit tergiversatione celari c. 10 X de cohab. cler. 3, 2 c. 24 X de V. S. 5, 40). — In der Regel sind die Rechtsvermuthungen widerlegbar: manche an sich widerlegbare Rechtsvermuthungen können unter Umständen zu unwiderlegbaren werden. (Man könnte geneigt sein, vgl. z. B. Nippel Erläut. zum a. b. G. B. II S. 212 Erläut. zur A. G. O. I S. 272 und Wagner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1829 II S. 371 Note**, auch die Fälle der §§. 156. 158 a. b. G. B. hieher zu rechnen, indem nach Ablauf dreier Monate a tempore scientiae die Rechtsvermuthung, daß das Kind ein eheliches sei, zu einer unwiderlegbaren werde: allein es ist die Unterlassung des gerichtlichen Widerspruchs resp. der Bestreitung vielmehr als eine stillschweigende Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes anzusehen, cf. l. 1 §. 4 D. de agnosc. 25, 3 l. 11 C. de lib. natur. 5, 27 und oben §. 85 Note 26a, so daß in der dreimonatlichen Frist auch nicht eine Verjährungsfrist, sondern vielmehr eine Präklusivfrist zu sehen ist.)

19) Manche ältere und neuere Schriftsteller (z. B. Schuster Comment. I S. 129, Koch Preuß. Privatr. I §. 190 Note 5, Bayer Vertr. S. 717 und neuerlichst wieder Langenbeck S. 199) meinen, daß man jene Vermuthungen, welche den Gegenbeweis ausschließen, besser Fiktionen nennen sollte; diese Behauptung (gegen welche sich die meisten neueren Schriftsteller mit Recht erklärt haben, vgl. schon Weindler §. 33 fg., ferner Mühlenbruch Lehrb. I §. 146 Note 13, Arndts Beitr. I S. 137, Wächter Hdb. II §. 66 Note 32, Schmid Hdb. II §. 130 Note 9, Osterloh diss. cit. p. 10 sq. u. A.) beruht auf einer gänzlichen Verkennung des Wesens der Fiktionen: „die Fiktion ist eine Rechtsregel besonderen Ausdrucks, die Präsumtion eine Rechtsregel besonderen Inhalts" (Demelius Die Rechtsfiktion §. 8). Es läßt sich aber wohl auch nicht billigen, wenn manche Schriftsteller (z. B. Linde Lehrb. §. 255 a. E., Schmid Hdb. II §. 130 a. E.) unter praesumtiones juris et de jure solche Präsumtionen verstehen, in Ansehung derer der Gegenbeweis besonders erschwert ist und deßhalb, also aus faktischen Gründen, oft unmöglich ist (z. B. die Vermuthung der Ehelichkeit der Geburt im Fall des §. 158 a. b. G. B. l. 12 D. de stat. 1, 5, vgl. mit l. 6 D. de his qui sui 1, 6); Andere nennen solche Vermuthungen praesumtiones violentas, cf. Osterloh c. p. 11 sq.

19a) Vgl. Wächter Hdb. II §. 66 Note 32. Einen Fall dieser Art s. bei Unger Inhaberpap. §. 19 Note 8; insbesondere sind die Rechtsvermuthungen, welche für eine behauptete Berechtigung streiten, öfters nur relativ unwiderlegbar.

besteht: hier wird kraft gesetzlicher Rechtsvorschrift von der Existenz einer juristisch gewissen Thatsache auf die Existenz einer anderen Thatsache geschlossen[20]. Es gibt aber auch Behauptungen einer Berechtigung, für welche eine Rechtsvermuthung streitet[21]: hier wird von der Existenz einer juristisch gewissen Thatsache auf die behauptete Zuständigkeit des Rechts selbst[22] geschlossen. Die Rechtsvermuthungen der ersteren Art sind zahlreicher, die der letzteren wichtiger[23].

---

20) Solche Präsumtionen sind z. B. die rechtliche Vermuthung des Todes eines Verschollenen §§. 24. 278 a. b. G. B. (Bd I §. 27), der Ehelichkeit der Geburt §§. 138. 155 fg. a. b. G. B. (cf. l. 12 D. de stat. hom. 1, 5 l. 6 D. de his qui sui 1, 6 l. 3 §. 11 D. de suis 38, 16, vgl. §. 1 fg. II 2 A. L. R.), der Zeugung eines unehelichen Kindes §. 163 a. b. G. B., der Krankheit eines Thieres vor der Übergabe §. 924 fg. a. b. G. B., der Bezahlung der Zinsen §. 1427 a. b. G. B. (I 11 §. 843 A. L. R.), der Berichtigung älterer Schuldposten §. 1429 a. b. G. B. (cf. l. 3 C. de apoch. publ. 10, 22 I 11 §. 842 I 16 §. 133 A. L. R.) §. 1430 a. b. G. B., der geschehenen Zahlung aus der Rückgabe des Schuldscheins §. 1428 a. b. G. B. (Letzteres ist zwar auch gemeinrechtlich die herrschende Ansicht vgl. z. B. Puchta Pandekten §. 288, Arndts §. 262 auf Grund von l. 2 §. 1 D. de pact. l. 14, 15 C. de solut. 8, 43; allein gegen diese Ansicht ist sehr beachtenswerther Widerspruch erhoben worden; vgl. Linde in der Gieß. Zeitschr. I S. 245, Vermehren das. Bd XIV S. 262—284, Sintenis Gem. Civilr. II §. 103 a. E. Das Nähere im Obl.-R.) Über die Fälle, in welchen kraft gesetzlicher Vorschrift eine Handlung als concludent anzusehen, somit auf eine bestimmte Absicht, auf einen gewissen animus zu schließen ist: vgl. Text zu Note 48.

21) Auch hier wird im Grunde auf Thatsachen geschlossen, aber nicht auf einzelne bestimmte Thatsachen, sondern darauf, daß überhaupt irgend eine Thatsache resp. ein Complex von Thatsachen eingetreten sei, welche die behauptete Rechtsentstehung hervorzubringen vermochte.

22) Hieher gehört z. B. die s. g. Legitimation des Besitzers eines Inhaberpapiers durch den Besitz (§. 1393 a. b. G. B.): aus der Innehabung des Papiers wird auf die Zuständigkeit des Forderungsrechts, auf die Gläubigerschaft geschlossen (vgl. Unger Inhaberpap. §. 20, woselbst jedoch Note 2 im Sinn des hier Entwickelten zu berichtigen ist); ebenso wird aus der Stellung und Beschaffenheit der Grenzwand auf das „ungetheilte Eigenthum" (Bd I §. 51 Note 17. 18) geschlossen, §. 857 a. b. G. B.

23) Gäbe es wirklich (wie z. B. Arndts §. 262 insbesondere wegen l. 24 D. de prob. 22, 3 annimmt) eine Rechtsvermuthung für die geschehene Tilgung einer Schuld überhaupt (also ohne Rücksicht auf einen bestimmten Erlöschungsgrund), so wäre die im Text hervorgehobene letzte Classe der Rechtsvermuthungen natürlich noch zu erweitern: allein eine solche Rechtsvermuthung für das Erloschensein einer Obligatio überhaupt gibt es wohl nicht (vgl. Vermehren a. a. O. S. 281 Note 5 S. 282 Note 2), sondern es wird in den fraglichen Fällen stets für einen bestimmten Aufhebungsgrund (so in §. 1428 a. b. G. B., und ebenso wohl auch im Fall der l. 24 D. h. t., für die eigentliche Zahlung, vgl.

II. Während den bisherigen Ausführungen zufolge das Gebiet der Rechtsvermuthungen ein ziemlich enges und genau begrenztes ist, spielten die Präsumtionen in der älteren Doktrin[24] eine große und wichtige Rolle. Man sah die Existenz von Präsumtionen als den durchgreifenden Grund für die Vertheilung der Beweislast an[25], und stellte als Prinzip für die Lehre von der Beweislast den Satz auf, daß jene Partei, welche eine Behauptung aufstelle, für welche eine Vermuthung streite, von der Beweislast frei sei, während derjenige, welcher etwas behaupte, wofür eine Vermuthung nicht streite, den Beweis seiner Behauptung zu führen habe. An die Stelle der Regel, daß jede Partei die Behauptungen zu beweisen habe, worauf sich ihr Anspruch gründet, und daß ihr nur ausnahmsweise eine Rechtsvermuthung die Beweislast erleichtere, trat die Regel, daß jede Partei jene Behauptungen zu beweisen habe, gegen welche eine Rechtsvermuthung streite: probare debet is, cui praesumtio adversatur. Man nahm hienach an, daß es Behauptungen gebe, welche an und für sich, ohne weitere Prämissen vermuthet würden; man leitete aus den Stellen, in welchen die Quellen einer Partei den Beweis auflegen, den Satz ab, daß für die entgegengesetzte Behauptung die Vermuthung streite, und fand überall, wo die Quellen eine Vermuthung **nicht** aufstellen, eine Vermuthung **dagegen** ausgesprochen, indem man meinte, daß immer, wenn **für**

Puchta Pandekt. §. 288) präsumirt, was wegen des Gegenbeweises von großer Wichtigkeit ist.

24) Vgl. z. B. Tevenar Theorie des Beweises (1780) S. 31 fg., Schneider Lehre vom rechtl. Beweis §§. 4. 15 fg., Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahr. 3. Aufl. 1810 §. 81 fg. u. A.

25) Im römischen Recht finden sich für die Vertheilung der Beweislast nur zwei allgemeine Regeln: 1) Actori incumbit probatio, 2) Affirmanti non neganti incumbit probatio; außerdem wird aber 3) in einzelnen Fällen die Beweislast von einer für oder gegen den Behaupteten streitenden Vermuthung abhängig gemacht, wie insbesondere bei dem Beweis des indebitum (l. 25 D. h. t. vgl. dazu Bethmann S. 341 Note 39). In der Doktrin und Praxis bildeten sich hienach drei verschiedene Theorien aus (vgl. Bethmann S. 320—332, Jordan im R. L. II S. 127. 128): die eine legte die erste Regel zu Grunde (so schon der Glossator Bulgarus, vgl. Bethmann Note 12. 13.); die andere die zweite Regel in dem Sinn, daß negative Asserte nicht zu beweisen seien (zuerst Irnerius, vgl. Bethmann S. 327 und oben §. 129 Note 20); die dritte endlich stellte als oberstes Prinzip für die Beweislast den Satz auf, daß jener Partei die Beweislast obliege, für welche eine Vermuthung nicht streite.

eine Thatsache eine Vermuthung nicht streite, eine Vermuthung gegen sie streite, so daß man in dem Mangel aller Vermuthung (in der Nichtvermuthung) eine stillschweigende Vermuthung für das Gegentheil (eine Vermuthung, daß nicht) sah[26]. Auf diese Art war man genöthigt, eine zahllose Menge von Präsumtionen aufzustellen, da es nach dieser Theorie, wenn sie vollständig und consequent durchgeführt werden sollte, keine Behauptung geben durfte, in Ansehung deren nicht eine Rechtsvermuthung, sei es nun für oder gegen sie, bestünde: war die Frage, was zu beweisen sei, stets auf die Frage zurückzuführen, wogegen resp. wofür eine Vermuthung streite, so durfte es keine Thatsache geben, für oder gegen welche nicht eine Rechtsvermuthung stritte[27]. Auf diese Weise entstand ein Heer[28] von oft sehr abenteuerlichen und überaus willkür-

26) So leitete man z. B. aus der l. 22 D. h. t. (Eum qui voluntatem mutatam decit, hoc probare debere) die Regel ab, daß Veränderungen nicht vermuthet werden (mutatio non praesumitur); aus der l. 5 §. 1 h. t. (Si quis negat emancipationem rite factam, probationem ipsum praestare debere) den Satz, daß die vorschriftmäßige Beschaffenheit juristischer Thatsachen vermuthet werde; daraus, daß der ein Faktum Behauptende es beweisen muß, die Regel factum non praesumitur, ergo non factum praesumitur; aus der l. 1 §. 13 D. de magistr. conven. (27, 8), daß facultates non praesumuntur, ergo paupertas praesumitur; daraus daß eine Rechtsvermuthung dafür, daß ein Vertrag geschlossen worden sei, nicht streite, leitet Schneider §. 29 die Vermuthung ab, daß ein Vertrag nicht geschlossen worden sei; daraus daß ein Kind, welches innerhalb einer gewissen Zeit geboren werde, als in der Ehe erzeugt vermuthet werde, daß ein zu anderer Zeit geborenes Kind nicht als ein eheliches, also als ein uneheliches vermuthet werde (vgl. Note 42) u. s. f.; vgl. auch Weber V §. 8.

27) Sehr deutlich tritt dieß in der Darstellung Grolmann's §. 81 hervor, indem er S. 137 ausdrücklich sagt: „Die rechtlichen Vermuthungen sind in unseren positiven Gesetzen keineswegs vollständig aufgezählt und können es nicht sein, weil überall, wo dem einen Theil ein Beweis auferlegt wird, für die Behauptung des andern eine Rechtsvermuthung, welche den Grund, warum jenem der Beweis auferlegt wurde, enthält, streiten muß, und es daher der Rechtsvermuthungen im Grunde so viele geben muß, als Thatsachen gedacht werden können". Hiemit im Einklang stellt Grolmann §. 81b als Regel für die Beweislast den Satz auf: „Derjenige muß beweisen, welcher seine rechtliche Bitte auf bestrittene Thatsachen stützt, gegen welche die rechtliche Vermuthung streitet"; übereinstimmend Schneider §. 4.

28) So z. B. sprach man (und spricht selbst h. z. T. noch) von einer Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes, für die Fortdauer eines Zustands oder eines Rechts, für die bona fides, für die natürliche Freiheit des Eigenthums, für die Rechts- und Handlungsfähigkeit, für die naturalia negotii, für die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

lichen[28a] Präsumtionen, welche man, um in das Gewirre einige Ordnung zu bringen, auf etliche allgemeinere Regeln zurückzuführen suchte[29]. Da man bei der Musterung dieser zahllosen Präsumtionen fand, daß viele derselben in Widerstreit mit einander standen, so stellte man eigene Untersuchungen über die Collision der Rechtsvermuthungen an[30], und suchte der selbstgeschaffenen Schwierigkeit durch ebenso willkürliche Unterscheidungen und durch mühsam erfundene, in ermüdender Casuistik[30a] durchgeführte, Regeln abzuhelfen[31].

28a) So z. B. die Vermuthung, daß ein Ereigniß nicht geschehen, ein Vertrag nicht geschlossen worden sei, daß quilibet praesumitur bonus donec probetur malus (vgl. hierüber Weber V §§. 9. 10); so sollte in Ansehung „aller Weibspersonen, die in der Ehe leben oder gelebt haben, die rechtliche Vermuthung für die Schwangerschaft bis zum natürlichen Zeitpunkt der Entbindung provisorisch eintreten" (Schneider §. 44, Kremer §. 92, der diese Rechtsvermuthung aus §. 120 a. b. G. B. ableiten will); so sollte derjenige, „der eine vertragsmäßige Verbindlichkeit übernommen hat z. B. ein Anlehen empfangen, ohne darüber ein schriftliches Bekenntniß auszustellen, und sich derselben wieder entledigt zu haben behauptet, die rechtliche Vermuthung für sich haben" (Schneider §. 46); so sollte „der Käufer einer beweglichen Sache, sobald sie tradirt worden, die rechtliche Vermuthung der geschehenen Bezahlung des Kaufschillings für sich haben" (Schneider §. 48); so sollte eine Vermuthung für die Großjährigkeit bestehen, „deren Grund kein anderer sei, als der, weil es nicht wahrscheinlich sei, daß jemand, der ein Geschäft, zu dessen Gültigkeit das großjährige Alter erfordert wird, wirklich verrichtet, sich dieses erlaubt haben würde, wenn er dieses Alter nicht erreicht gehabt hätte" u. s. w. (vgl. überhaupt Schneider S. 429—445). Auch Weindler §. 60 fg. stellt eine große Anzahl willkürlicher Präsumtionen auf.

29) So sagt Grolmann S. 137: „Nur einzelne wenige der gesetzlichen Vermuthungen tragen einen bloß positiven Charakter —; die bei weitem mehrsten Fälle derselben sind dagegen nur Beispiele, welche uns eine allgemeine Regel aus dem Geist der Gesetze zu abstrahiren auffordern", und stellt zwei solche allgemeine Regeln auf (Das Natürliche und Gewöhnliche wird vermuthet — Das Ungewöhnliche wird nicht vermuthet). Schneider stellt §. 24 fg. dreizehn Regeln auf, „womit aber die Lehre von den rechtlichen Vermuthungen noch keineswegs vollständig erschöpft sei" (§. 38 fg.); Böhmer in der Note 30 angef. Schrift c. II §. 7 sq. stellt fünf allgemeine Regeln auf (facta non praesumi; quemlibet praesumi bonum; naturalia juste praesumi; mutationes non praesumi; malum semel semper praesumi talem). Ebenso stellt Kremer §. 37 fg. allgemeine Vermuthungen für das Natürliche, Gewöhnliche, Vernunftgemäße auf.

30) Mit dieser Collision der Vermuthungen beschäftigt sich die Abhandlung von Boehmer Exercitt. ad Pandect. Tom. IV Exerc. XVI De collisione praesumtionum; ferner Feuerlein §. 30, Kremer §. 62 fg. Über diese angebliche Collision von Vermuthungen vgl. Weber V §. 12.

30a) Vgl. die dickleibigen Werke von Mascardus De probationibus, Menochius De praesumtionibus 1509, Menecken De praesumtionibus juris

Daß diese Theorie, welche für die Regelung der Beweislast Alles auf Präsumtionen zurückführen will, gänzlich unhaltbar sei, liegt auf der Hand. Vor Allem ist dieses Prinzip kein selbständiges, da es an jedem durchgreifenden Kriterium zur Lösung der Frage fehlt, für welche und gegen welche Behauptung die Vermuthung streite. Die Anhänger jener Theorie befanden sich in einer merkwürdigen Selbsttäuschung: sie leiteten nicht, wie sie meinten, aus den Vermuthungen die Beweislast, sondern umgekehrt aus der anderswoher entlehnten Vertheilung der Beweislast ihre Pseudovermuthungen ab. Überdieß nahmen sie den Ausdruck Vermuthung zu gleicher Zeit in verschiedener Bedeutung, und unterschieden die echten Vermuthungen nicht gehörig von den unechten (Nr. III). Es ist insbesondere das Verdienst Weber's in seiner Schrift „Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung" (Abschnitt V „Über die Vermuthungen"), diesen Irrthum der älteren Doktrin aufgedeckt und den Rechtsvermuthungen ihr wahres Gebiet angewiesen und abgegrenzt zu haben[32]. Ihm sind seither die meisten neueren Schriftsteller gefolgt[33], obgleich

---

et de jure 1747; sagt doch Kremer §. 63 selbst: „In dem Gewühle der Vermuthungen ist eine genaue und vorsichtige Erforschung und Abgrenzung der Vermuthungsgründe unerläßliche Bedingung, und die dadurch veranlaßte Berechnung erscheint als ein complicirtes Problem, welches den gemeinen Geist oft sehr ermüdet und eine Unlust in ihm zurückläßt, der Begründung der einzelnen Merkmale weiter nachzuforschen."

31) Als solche Regeln zur Lösung von Collisionen stellt z. B. Boehmer die drei Sätze auf: praesumtio generalis cedit speciali (c. II §. 7 sq.); praesumtio violenta praeponderat ceteris (§. 14 sq.); in quacumque praesumtione gravior est ratio probilitatis (§. 16). Menochius hatte andere Regeln aufgestellt, gegen die sich Boehmer c. III. erklärt. Grolmann §. 81a, Weidler §. 63 fg. und Kremer §. 42 fg. stellen die Regeln auf, daß die allgemeine Vermuthung der besonderen, die entferntere der dringenderen weiche u. s. f.

32) Doch rechnet auch Weber noch Manches zu den technischen (echten) Rechtsvermuthungen, was davon wohl unterschieden werden muß, vgl. Text Nr. III.

33) So schon Borst Beweislast §. 29 und insbes. Pratobevera Mater. II §§. 7. 8, dessen Ausführungen auch in dieser Beziehung ganz vorzüglich sind. (Mater. VII S. 396 fg. verfällt übrigens Pratobevera gelegentlich in den Irrthum der ältern Theorie, obgleich er selbst S. 394 fg. zugibt, daß „genau genommen" eine Rechtsvermuthung in dem betreffenden Fall nicht „vorauszusetzen" sei.) Vgl. auch Rizy Verbindl. zur Beweisführ. §. 28. Manche österr. Schriftsteller haben sich darin gefallen, recht viel Vermuthungen aufzustellen und fast sämmtliche Anordnungen des Gesetzbuchs in Präsumtionen aufzulösen; so spricht z. B. Schuster Comment. I S. 128 von der praesumtio juris et de jure, daß der Erbe, der sine beneficio inventarii antritt, die Verlassenschaft solvent gefunden habe; insbesondere aber ist es Wagner in s. Zeitschr. 1829 II S. 371 Note*,

sich mancher trübe Rest der älteren Theorie bis auf den heutigen Tag erhalten hat[33a].

Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs standen (gleich den Verfassern des preußischen Landrechts) vielfach auf dem älteren Standpunkt, wonach die Beweisauflage durch Vermuthungen regulirt werden soll, und legten häufig der an sich richtigen Vertheilung der Beweislast die unrichtige und überflüssige Annahme von Präsumtionen unter[34]. So finden sich im bürgerlichen Gesetzbuch (angebliche) Rechtsvermuthungen für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechts[35], für das Gewöhnliche[35a], gegen das Vorhandensein

der eine stattliche Menge von Vermuthungen aufführt, welche zum größten Theil bloße Pseudovermuthungen sind. Einen beachtenswerthen Versuch einer besseren Darstellung hat in neuerer Zeit Berger Krit. Beitr. S. 67 fg. gemacht: aber auch seine Ausführungen sind in mannigfacher Beziehung unbefriedigend.

33a) So z. B. stellt Bethmann S. 347. 367. 370 eine Präsumtion auf für die Fortdauer eines Rechts; Puchta Pandekt. §. 97 Vorles. I S. 223 fg. Präsumtionen für die Fortdauer eines faktischen Zustands, für die Handlungsfähigkeit, für die Mangellosigkeit der Geschäftsform, für die bona fides u. s. f.; Wächter Hdb. II S. 450 fg. für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechts, für die regelmäßige Beschaffenheit der erwiesenen juristischen Thatsachen, für die Fortdauer eines Rechts, gegen die Unredlichkeit einer Person; Arndts §. 114 a. E. für die bona fides und die naturalia negotii; vgl. dagegen mit Recht Reinhold in der angef. Abh. §. 24.

34) Dieß geht, wie aus manchen anderen Stellen (vgl. die folg. Not.), insbesondere aus folgender Bemerkung Zeiller's III S. 709 ad §. 1296 a. b. G. B. hervor: „Es erübrigen viele Fälle, wo diese Fragen (ob jemand ein Delikt begangen habe) im ordentlichen Rechtsweg ausgetragen werden müssen, und es also darauf ankommt, für wen, ob für den Kläger oder Geklagten die rechtliche Vermuthung streite und wem der Beweis des Gegentheils obliege.“ Vgl. auch Zeiller II S. 437. 438 ad §§. 366. 567 a. b. G. B.; deßgleichen lehrt Zeiller II S. 715, daß „für die gesetzlichen Erben aus dem Gesetz die Vermuthung streite; doch nur in so lange, bis der Beweis vorliege, daß der Erblasser eine Erbeinsetzung zurückgelassen habe.“ Wie sehr unsere Schriftsteller geneigt sind, überall technische Vermuthungen zu sehen, dafür liefert einen recht deutlichen Beleg Stubenrauch II S. 556, der in der Schlußbestimmung des §. 716 a. b. G. B. die Aufstellung der „Vermuthung sieht, daß das spätere Testament oder Codicill unecht oder erzwungen sei“, welche „Vermuthung aber immerhin einen Gegenbeweis zulasse“, und sich dafür auf l. 6 §. 2 D. de jur. codicill. (29, 7) beruft!

35) Daraus leitete man die bekannte Präsumtion für die Freiheit des Eigenthums ab: omne praedium liberum praesumitur §. 324 a. b. G. B. (§. 23 I 8 A. L. R.) vgl. Schneider §. 37, Kremer §. 48 (über und gegen diese Präsumtion vgl. Weber V §. 9); ferner die s. g. Präsumtion für die Vollständigkeit (Ungetheiltheit) des Eigenthums §. 360 a. b. G. B. (§. 22 I 8 A. L. R.), vgl. dazu Zeiller II S. 119. 120, Stubenrauch I S. 719: „Das Eigenthum ist,

von rechtshindernden Thatsachen[36], für die Unbescholtenheit einer Person[37], für die Rechtsmäßigkeit (§§. 323—325 a. b. G. B.)[38] und

an und für sich (?) betrachtet, immer ein vollständiges; dafür streitet daher (?) auch eine gesetzliche Vermuthung" (Die Sache verhält sich einfach so, daß derjenige, der das s. g. Obereigenthum behauptet, dasselbe beweisen muß; vgl. auch Note 42); deßgleichen die s. g. Präsumtion für die Freiheit der Person vgl. westgal. Gesetzb. II §. 46. §. 324 a. b. G. B. und Zeiller II S. 60.

35a) Vgl. §. 479 a. b. G. B.: „Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermuthet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob".

36) In diesem Sinn heißt es in §. 99 a. b. G. B. (vgl. §. 673 prov. C. P. O. cf. c. 26 X de sent. 2, 27 c. 1 X de consang. 4, 14): „Die Vermuthung ist immer für die Gültigkeit der Ehe. Das angeführte Ehehinderniß muß also vollständig bewiesen werden —" m. a. W.: wer die Nullitätsquerel anstellt, muß (nach allgemeinen Regeln) den Nullitätsgrund beweisen (vgl. §§. 565. 566 a. b. G. B., wo ohne Aufstellung von Präsumtionen, die, obgleich häufig gemacht, vgl. z. B. Kremer §§. 51. 145 und selbst noch Wächter II §. 66 Note 36, ganz überflüssig sind, die gleiche Bestimmung getroffen wird); daß die Vermuthung des §. 99 a. b. G. B. eine ganz uneigentliche sei, hat schon Pratobevera II S. 57 hervorgehoben, während Zeiller I S. 267 (vgl S. 258) bemerkt, daß „die Nichtigerklärung der Ehe deßhalb einen vollständigen Beweis fordere, weil die Unfähigkeit, das Dasein eines Hindernisses als ein Faktum, und die widerrechtliche Handlung einer ungültigen Eheabschließung nicht vermuthet werde". Auch Stubenrauch I S. 324 behandelt die Vermuthung des §. 99 a. b. G. B. wie eine wahre, eigentliche Präsumtion, und Wildner Jurist I S. 143 fg. hat sogar die Frage aufgeworfen, „mit welchem Moment die Vermuthung für die Gültigkeit der Ehe eintrete und ob es nicht auch eine Vermuthung für die Ungültigkeit der Ehe gebe", welch letztere Frage er bejahend beanwortet.

37) Aus dieser allgemeinen Präsumtion: Quilibet praesumitur bonus donec probetur malus, leitete man die speziellen Vermuthungen für die Redlichkeit (Note 39) und Rechtmäßigkeit (Note 38) des Besitzes und für die Schuldlosigkeit (Note 41) ab. Deßgleichen wollte man (so z. B. selbst noch Wächter §. 66 Note 41) aus jener angeblichen Präsumtion den Satz ableiten, daß jener, der aus dem Dolus (im weiteren Sinn) seines Gegners Rechte für sich ableite, den Dolus beweisen müsse (l. 18 §. 1 l. 19 §. 1 D. h. t. cf. l. 57 pr. D. pr. soc. 17, 2 l. 8 §. 9 D. mand. 17, 1); so richtig diese Vertheilung der Beweislast an sich ist, so unrichtig ist ihre Motivirung: der Beweis des Dolus muß nicht deßhalb geführt werden, weil etwa für das Nichtvorhandensein desselben eine Rechtsvermuthung streitet, sondern weil die Partei auf den Dolus ihres Gegners einen Anspruch stützt, und nach allgemeinen Regeln das Fundament ihres Anspruchs beweisen muß.

38) Die ältere Doktrin (vgl. Schneider §. 34, Kremer §. 48 A. L. R. I 7 §. 179 fg.) stellte den Satz auf, daß der Besitzer einer Sache „die Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe": quaelibet possessio praesumitur juste acquisita, daher der Vindicant den Beweis seines Eigenthumsrechts zu führen habe und der Besitzer zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden könne. Dieser Theorie ist das bürgerl. Gesetzb. §§. 323—325 gefolgt, vgl. Zeiller II S. 53 fg., Stubenrauch I S. 549 fg. In der That aber entspringt aus dem Sachbesitz eine solche Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes oder gar eine praesumtio

Redlichkeit (§. 328 a. b. G. B.)[39] des Besitzes, für die Fortdauer eines Rechtes oder Zustandes[40], für dasjenige, was „den angeborenen

---

dominii durchaus nicht (vgl. Weber V §. 10, Savigny Recht des Besitzes §. 3 Nr. 4). Daß der Eigenthumskläger den Beweis seines Eigenthumsrechts führen muß (§§. 369. 439 a. b. G. B.), erklärt sich einfach daraus, daß er als Kläger auftritt und daß das Recht, welches er für sich in Anspruch nimmt, das Eigenthumsrecht ist: es ist daher ganz unpassend, diesen Eigenthumsbeweis des Klägers als „eine Entkräftigung der zu Gunsten des Besitzers streitenden Vermuthung" anzusehen (so z. B. Zeiller II S. 59). Wie wenig ernst es mit dieser angeblichen Vermuthung „eines gültigen Titels" des Besitzes gemeint sei, geht daraus hervor, daß der mit der actio Publiciana auftretende oder sich auf die ordentliche Ersitzung stützende Kläger den justus titulus seines Besitzerwerbs angeben und beweisen muß, §. 372 a. b. G. B. §. 1477 a. b. G. B. (Zu den Schlußworten des §. 323 a. b. G. B. vgl. auch l. 11 C. de H. P. 3, 31 Cogi possessorem ab eo qui repetit, titulum suae possessionis dicere incivile est — und zu §. 325 a. b. G. B. vgl. 5 C. de furt. 6, 2.) Daß aber der Besitzer vom angeblichen Eigenthümer mit der Aufforderungsklage nicht belangt und zur Darthuung seines Rechtes genöthigt werden könne (§§. 323. 324 a. b. G. B., vgl. Hofdekret 15. Jänner 1787, Michel I Nr. 539, §. 62 galiz. G. O. §. 599 prov. C. P. O.), ergibt sich nicht (wie noch §. 599 cit. fälschlich motivirt) aus der „Vermuthung eines gültigen Titels", sondern aus der Natur und dem Wesen des Aufforderungsprozesses (vgl. Francke im civil. Arch. Bd XVIII S. 227 fg., Bayer Theorie der summar. Prozesse §. 53, Muther in den Jahrb. des gem. Rechts II S. 145 fg.).

39) Vgl. Zeiller II S. 64; §§. 18. 179 I 7 A. L. R. Im westgal. Gesetzb. Thl. II §§. 48. 49 war diese herkömmliche Vermuthung für die bona fides (die man gewöhnlich auch auf c. 47 de R. J. in VI 5, 12 Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur stützen will, aber mit Unrecht vgl. Römer S. 29 fg. über diese Stelle) noch nicht aufgestellt, die in der That ganz überflüssig ist: stützt der Kläger, der die Herausgabe seiner Sache verlangt, auf die mala fides des Beklagten eine Erweiterung seiner Ansprüche (z. B. in Ansehung der herauszugebenden Früchte §. 330 fg. 335 a. b. G. B.), so muß er schon deßhalb (Note 37) die mala fides seines Gegners beweisen (cf. l. 30 C. de evict. 8, 45); was aber die Ersitzung anbelangt, so braucht allerdings der dieselbe Behauptende seine bona fides nicht zu beweisen (vgl. §. 1477 a. b. G. B. Arndts §. 160 a. E.), aber dieß aus dem Grund, weil nicht die bona fides ein Erforderniß der Ersitzung, sondern die mala fides ein Hinderniß der Ersitzung ist. (Gegen jene angebliche Präsumtion der bona fides vgl. auch Römer S. 69 fg., der jedoch noch von der unhaltbaren subjektiven Usukapionstheorie ausgeht.) Das Gleiche gilt im Fall der §§. 367. 368. 372 fg. a. b. G. B. (Die l. 30 cit. insbesondere läßt sich nicht mit Arndts §. 114 Note m §. 160 Note o als Argument für die angebliche Präsumtion der bona fides anführen, da der mit der Eviktionsklage belangte Verkäufer die scientia rei alienae des Käufers deßhalb beweisen muß, weil er hierauf seine Befreiung vom Eviktionsanspruch stützt, vgl. oben §. 123 Note 25.)

40) So wird z. B. nach österr. Recht verkehrter Weise die Fortdauer des Lebens präsumirt (Bd I S. 244 fg.), ebenso führt irriger Weise Zeiller II S. 438 die richtige Normirung des §. 567 a. b. G. B. (vgl. oben §. 123 Note 23) darauf zurück, daß die Fortdauer des Wahnsinns präsumirt werde.

natürlichen Rechten angemessen sei" (§. 17 a. b. G. B.)[41] u. a. m.[41a]. Deßgleichen finden sich im bürgerlichen Gesetzbuch Nachwirkungen der

41) Diese eigenthümliche Vermuthung des §. 17 a. b. G. B. erklärt sich aus dem Standpunkt der älteren naturrechtlichen Doktrin, welche aus der „reinen Vernunft" eine gewisse Anzahl von Rechten und Befugnissen ableiten zu können glaubte, welche jedem Menschen ohne weiters und regelmäßig zustehen sollten (§. 16 a. b. G. B.), dafern nicht aus besonderen Gründen eine Ausnahme stattfinde (vgl. Zeiller Natürl. Privatr. §. 39 fg. Comment. I S. 107 fg., Kremer §. 46 fg. §. 72 fg.). Durch diese rein doktrinäre aller praktischen Bedeutung ermangelnde Bestimmung des §. 17 a. b. G. B. wird auf eine außerhalb des Gesetzbuchs liegende Rechtsquelle hingewiesen, und die Anordnungen des Gesetzbuchs erscheinen bald als Anwendungen jener naturrechtlichen Grundsätze, bald als Ausnahmen von denselben, was natürlich ihrer praktischen Geltung in jenem Fall nichts zuzusetzen, in diesem Fall nichts zu benehmen vermag. (Berger S. 93 mißversteht den §. 17 a. b. G. B., wenn er meint, der darin ausgesprochene Satz sei „fast identisch mit dem Satz, daß als positives Recht nur dasjenige angesehen werden könne, was das positive Gesetz als solches aufstelle" — der §. 17 ist vielmehr deßhalb zu beanstanden, weil es hienach gerade umgekehrt den Anschein erhält, als ob als geltendes Recht nicht nur dasjenige anzusehen sei, was das positive Gesetz, sondern auch dasjenige, was das Naturrecht als solches aufstellt.) Welches Spiel man aber mit diesen Präsumtionen „angeborener Rechte" trieb und wie man sie den Umständen anzupassen wußte, dafür mag folgende Stelle bei Kremer §. 73, die aus vielen ähnlichen hier herausgehoben wird, einen passenden Beleg bilden: „Die Vermuthung der Unbescholtenheit kann nicht so weit ausgedehnt werden, daß von einem Menschen, der einen andern beschädigt, vermuthet werden müßte, er habe sich der gerechten Nothwehr bedient — es wird also nicht vermuthet, daß sich der Beschädiger der gerechten Nothwehr bedient habe, es müßte also ein Beweis durch faktische Umstände geliefert werden". Solchen Ausführungen gegenüber muß man dem Ausspruch Weber's S. 76 beipflichten: „Mit einer Rechtsvermuthung, die man uns da, wo wir sie eigentlich als solche, wenn sie gegründet wäre, anzuwenden hätten, versagt und nur da gestatten will, wo wir zu unserem Zweck gar keine praesumtio juris bedürfen, mit einer solchen Rechtsvermuthung muß es doch eine ganz eigene Bewandtniß haben".

41a) So regulirt z. B. der §. 1296 a. b. G. B. (übereinstimmend mit §. 24 I 6 A. L. R.) die Beweislast ganz richtig, gibt aber dieser richtigen Vertheilung einen unpassenden Ausdruck und legt ihr ein unrichtiges Motiv unter, indem er die Präsumtion aufstellt, „daß ein Schade ohne Verschulden eines Andern entstanden sei" (vgl. Zeiller III S. 709 fg., Stubenrauch III S. 515). Allein es spricht weder für noch gegen das Verschulden eine Präsumtion: wer auf das Verschulden eines Andern seinen Anspruch stützt, hat dasselbe zu beweisen. Wie wenig reelle Bedeutung die Präsumtion des §. 1296 an sich habe, ergibt sich sofort aus §. 1298, der dem Schuldner den Beweis auferlegt, daß er ohne sein Verschulden an der Erfüllung seiner Obligatio verhindert worden sei: warum spricht nicht auch für den mit der Contraktsklage Belangten jene Vermuthung, welche aus „dem Recht auf Unbescholtenheit" hervorgehen soll, oder verliert etwa der Depositar u. s. w. als solcher das „Recht auf Unbescholtenheit"? Hätte der §. 1298 nach dem Vorbild des §. 1296 die Vertheilung der Beweislast im Gewand einer Rechtsvermuthung ausgesprochen, so gäbe es eine Präsumtion für das Verschulden, und

älteren unrichtigen Annahme, daß wenn für eine Thatsache die Vermuthung nicht streite, die Vermuthung für das Gegentheil streite [42],

---

eine Präsumtion gegen das Verschulden! (Auch die Bestimmung des §. 1290 a. b. G. B., wonach der Versicherer das Verschulden des Versicherten beweisen muß, erklärt sich nicht etwa aus §. 1296, d. h. aus der angeblichen Präsumtion der Schuldlosigkeit, wie z. B. Zeiller III S. 696 und Stubenrauch III S. 506 meinen: diese Vertheilung der Beweislast erklärt sich vielmehr daraus, daß die Culpa des Versicherten den Versicherer von der Ersatzpflicht befreit, es daher seine Sache ist, diesen rechtshindernden Umstand darzuthun, vgl. oben §. 123 Note 25.) — Der §. 372 fg. a. b. G. B. nennt die actio Publiciana (vgl. Register zum bürg. Gesetzb. s. h. v.) Eigenthumsklage „aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum", im Einklang mit manchen älteren Civilisten, welche die zur Publiciana actio berechtigende titulirte bonae fidei possessio ein fingirtes oder putatives Eigenthum nannten (so z. B. Höpfner Comment. §. 345 „Die actio Public. gründet sich in einem fingirten Eigenthum, dominio ficto oder vielmehr praesumto, putativo;" vgl. Glück Bd VIII §. 595). In der That handelt es sich hier weder um eine Fiktion des Eigenthums (vgl. Wächter Der Entwurf S. 72 Note 41, Demelius Die Rechtsfiktion S. 86. 87), noch um eine Präsumtion des Eigenthums: es ist vielmehr das relativ bessere Recht, welches gegen das schwächere Recht (qui infirmiori jure possidet l. 9 §. 4 l. 16. 17 D. h. t. 6, 2 §§. 372—374 a. b. G. B.) geschützt wird, vgl. insbesondere den trefflichen Aufsatz von Deurer in den Jahrbb. für Dogmatik Bd I Nr. V „Über den Schutz des relativ besseren Rechts nach römischen Grundsätzen" S. 221—238 und Delbrück Die dingliche Klage §§. 3. 4.; über den Schutz des relativ besseren Rechts nach älterem deutschen und heutigem Recht Delbrück §. 5 fg. §. 57 fg., Stein Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts 1857 I S. 20 fg. 117 fg. 129 fg.; vgl. auch Bluntschli in der krit. Überschau Bd VI S. 189 fg.

42) Daraus, daß für die Ungleichzeitigkeit des Todes von Commorienten eine Vermuthung nicht streitet, hat man fälschlich eine Vermuthung für die Gleichzeitigkeit des Todes gemacht, §. 25 a. b. G. B., die aber in der That eine eigentliche Vermuthung ebensowenig ist (vgl. Bd I §. 28 und schon Pratobevera Mater. II S. 56. 57), als etwa die Vermuthung der Nichtzuzählung eines Darlehens, wenn der Darleihenskläger den Beweis der Zuzählung nicht zu erbringen vermag; daraus, daß für die Ehelichkeit einer Geburt innerhalb einer gewissen Zeit die Vermuthung streitet (§. 138 a. b. G. B.), machte man unpassender Weise (vgl. Note 26) die Vermuthung der Unehelichkeit der Geburt, wenn diese innerhalb einer anderen Zeit stattfindet §. 155 a. b. G. B., während doch in einem solchen Fall gar nichts vermuthet wird, daher der die Ehelichkeit der Geburt Behauptende dieselbe beweisen muß (Stubenrauch I S. 420 meint freilich, „es sei ganz natürlich, daß wenn die im §. 138 enthaltenen Voraussetzungen nicht eintreten, die entgegengesetzte Vermuthung der unehelichen Geburt Platz greifen müsse"); daraus, daß für das Begehen eines Delikts keine Vermuthung streitet, hat man eine Vermuthung für das Nichtbegehen eines Delikts (§. 1296 vgl. Note 41[a]), daraus, daß für die s. g. Getheiltheit des Eigenthums eine Vermuthung nicht streitet, eine Vermuthung für die Ungetheiltheit (s. g. Vollständigkeit) des Eigenthums (§. 360 a. b. G. B.), daraus, daß für die Existenz von dinglichen Lasten eine Vermuthung nicht besteht,

und auch an Fällen der Collision von Vermuthungen[43] fehlt es nicht. — Da nun einerseits die Präsumtionstheorie ein leitendes Prinzip für die Regelung der Beweislast in solchen Fällen, in welchen das Gesetz über den Inhalt und die Richtung der aufzustellenden Vermuthung schweigt, abzugeben nicht vermag, und da andererseits das Gesetzbuch selbst an manchen Stellen das wahre Prinzip der Beweislast anerkannt und den eigentlichen Kern der ganzen Materie auf das bestimmteste erfaßt und ausgesprochen hat[44], so kann es kein Bedenken haben, von der Präsumtionstheorie abzugehen und für die Vertheilung der Beweislast an den in §. 129 aufgestellten Regeln durchwegs festzuhalten.

III. Zu der Verwirrung, welche in der Lehre von den Rechtsvermuthungen eingerissen ist, hat der Umstand viel beigetragen, daß man die rechtlichen Vermuthungen im technischen Sinn (die echten Vermuthungen), das heißt die gesetzlichen Schlußfolgerungen von der Wahrheit einer Behauptung auf die einer anderen (Nr. I), von anderen Fällen nicht gehörig unterschieden hat, in welchen zwar gleichfalls der Ausdruck Vermuthung (oder ein ähnlicher Ausdruck) gebraucht wird, dennoch aber die Merkmale jenes Begriffs sich nicht

---

eine Vermuthung für die Nichtexistenz derselben, für die s. g. Freiheit des Eigenthums gemacht (§. 324 a. b. G. B. §§. 46. 312 Thl II westgal. Gesetzb.) u. s. f.

43) Ein solcher Collisionsfall besteht zwischen der rechtlichen Vermuthung für „die natürliche Freiheit" des Eigenthums (Note 35) und der Präsumtion für die „Rechtmäßigkeit des Besitzes" (Note 37); diese Collision löste die ältere Doktrin in willkürlicher Weise, indem sie bald die erstere Vermuthung als die stärkere erklärte (so Boehmer c. II §. 5, Schneider §. 35 und Anmerk. XI S. 434 fg.; A. L. R. I 7 §§. 181—183), bald beide Vermuthungen als gleich stark bezeichnete, so §. 324 a. b. G. B. (vgl. §. 46 Thl II westgal. Gesetzb.). Dieser Collisionsfall ist deßhalb so wichtig, weil seine Entscheidung implicite die Entscheidung über die so viel besprochene Beweislast bei der actio negatoria enthält (§. 523 a. b. G. B. §. 312 Thl II westgal. Gesetzb.), worüber das Nähere im besondern Theil.

44) Der Kern der ganzen Lehre von der Beweislast liegt den obigen Ausführungen (§§. 123. 124. 129) zufolge in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme, wonach nicht derjenige, der sich auf die Regel beruft, den Mangel der Ausnahme, sondern der die Ausnahme Behauptende, das Dasein derselben zu beweisen hat: dieses Verhältniß hebt das bürgerl. Gesetzb. in den §§. 355. 356 auf das bestimmteste als das maßgebende für die Vertheilung der Beweislast hervor; vgl. noch §. 1128 a. b. G. B. (das A. L. R. I 8 §. 24 stellt in diesem Fall wieder eine Pseudovermuthung auf), §§. 17. 36 a. b. G. B.

wiederfinden. Diese unechten Vermuthungen sind von den echten Präsumtionen sowohl dem Wesen als der Wirkung nach gänzlich verschieden. Hieher gehören folgende Fälle:

1) Der Charakter der Dispositivgesetze besteht darin, daß sie den unbestimmten oder doch unausgesprochenen Willen der Parteien suppliren (Bd I §. 9 Nr. I). Solche Gesetze werden ihre Aufgabe nur dann gehörig erfüllen, wenn die Norm, welche als suppletorische aufgestellt wird, in der That dem Willen der Parteien entspricht. Der Gesetzgeber untersucht und erwägt daher, wie die Parteien, wenn sie selbst den fraglichen Punkt geregelt hätten, ihn normirt haben würden, und trifft hienach eine der wahrscheinlichen Absicht der Parteien entsprechende Disposition. Das Dispositivgesetz geht insofern aus Vermuthungen, das heißt aus Wahrscheinlichkeitsannahmen, hervor, es enthält aber keine Rechtsvermuthung im technischen Sinn, obwohl es den s. g. vermuthlichen (wahrscheinlichen) Willen der Parteien ausspricht: das Dispositivgesetz stellt eine Norm für den materiellen Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst auf, welche zur Anwendung kommt, dafern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes festgesetzt haben, es enthält aber keine Bestimmung für die Regulirung der Beweislast[44a]. Der Ausdruck „Vermuthung" ist hier nur die Fassung, in welcher das Dispositivgesetz auftritt[45].

44a) Daß der Gegner desjenigen, der sich auf die Dispositivvorschrift beruft, beweisen muß, daß sie im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung komme (vgl. z. B. §. 1228 a. b. G. B.), erklärt sich daraus, daß er hiemit die Existenz einer besonderen Verabredung oder Festsetzung behauptet, die er natürlich beweisen muß. Auch hier kommt es wieder auf das Verhältniß von Regel und Ausnahme hinaus: die Dispositivvorschrift kommt zur Anwendung (Regel), dafern ihre Anwendung im concreten Fall nicht durch die anderweitige Verabredung der Parteien ausgeschlossen ist (Ausnahme).

45) Fälle dieser Art, in welchen ein Dispositivgesetz im Gewand der Vermuthung auftritt (es wird „vermuthet", „angenommen", „angesehen"), enthalten die §§. 209. 607. 608. 620 (verglichen mit §. 623). 628. 839 (verglichen mit §. 555 und §. 896, wo das Dispositivgesetz in reiner Fassung auftritt; unrichtig Berger S. 90 und Note 35). 1084 (verglichen mit §. 1082, wo dasselbe Dispositivgesetz nicht im Gewand der Vermuthung erscheint). 1158. 1203 (unrichtig Stubenrauch III S. 397). 1207 (unrichtig Berger S. 93 Note 35). 1228 (unrichtig Haimerl Magaz. VII S. 179 Note * und Berger S. 90. 91 und S. 93 Note 35, welche hierin wahre, echte Vermuthungen sehen wollen). 1234. 1248. 1416 a. b. G. B. Über den Unterschied der Dispositivgesetze von concludenten Handlungen vgl. oben §. 85 Note 19 (woselbst jedoch die angeführten §§. 1030 und 1238 zu

2) In manchen Fällen bedient sich das Gesetz bei der Aufstellung von **Auslegungsregeln** des Ausdrucks Vermuthung oder eines ähnlichen Ausdrucks: dennoch liegt hierin nicht die Aufstellung einer technischen Präsumtion, sondern vielmehr eine einfache Interpretationsvorschrift[46], welche nur aus Vermuthungen hervorgegangen ist[47]. Im Grunde gehören auch die gesetzlichen Vorschriften über die

---

streichen sind). Zu den gesetzlichen Regeln über die Willensauslegung (vgl. Text Nr. 2) verhält sich das Dispositivgesetz wie die Analogie zur Interpretation: jene erklären, was die Parteien wirklich gewollt haben, dieses regelt den Fall, an den die Parteien nicht gedacht oder den sie doch nicht ausdrücklich vorgesehen haben; die Dispositivnorm supplirt den nicht erklärten Willen, die Auslegungsregel bestimmt den Inhalt des erklärten Willens; die Anwendung der Dispositivvorschrift kann daher nur durch den darauf gerichteten und erklärten Willen der Parteien ausgeschlossen werden, während die Unanwendbarkeit der gesetzlichen Auslegungsregel im concreten Fall durch den Nachweis einer andern Absicht der Parteien dargethan werden kann. Diese einfachen Unterschiede werden häufig verkannt. So verwechseln Zeiller I S. 55. 56 und Nippel I S. 40 die Dispositivgesetze mit den echten Vermuthungen; so führt Berger S. 91. 92 mit Unrecht die §§. 529. 724. 791. 1029 und 1177 a. b. G. B. als Dispositivvorschriften an, während §§. 529 und 1177 a. b. G. B. nur Auslegungsregeln, §§. 724 a. b. G. B. und 791 aber Vorschriften über die Concludenz einer Handlung enthalten, vgl. oben §. 85 Note 18. 20; über §. 1029 a. b. G. B. vgl. unten Note 53.

46) Daß in solchen Fällen der Gegner dessen, der sich auf die Interpretationsregel beruft, beweisen muß, daß der Wille des Disponirenden dennoch ein anderer gewesen sei, erklärt sich aus dem Verhältniß von Regel und Ausnahme: die fragliche Erklärung hat kraft gesetzlicher Vorschrift einen gewissen Sinn (Regel), sie hat ihn im concreten Fall nicht (Ausnahme).

47) Fälle dieser Art enthalten die §§. 667. 675. 683 (unrichtig Berger Note 35, der hierin eine technische Vermuthung sieht), vgl. auch §§. 614. 624. 655. 660 fg. 676 fg. a. b. G. B., wo die Interpretationsvorschrift nicht im Gewand der Vermuthung auftritt; vgl. ferner §§. 529. 1106. 1177 a. b. G. B.; ebenso gehört hieher die Vorschrift des §. 4 des Pat. 27. April 1858 (R. G. Bl. Nr. 63), wonach „die gesetzliche Vermuthung für die österreichische (neue) Währung eintritt, sofern nicht durch rechtskräftige Beweise die Absicht, sich einer andern Währung zu bedienen, dargethan wird." (Bloß als Auslegungsregel, nicht wie man öfters meint, z. B. Arndts §. 114 Note n, als wahre Vermuthung, ist die Bestimmung der l. 9 D. h. t. 22, 3, vgl. mit l. 7 §. 8 l. 40 pr. D. de pact. 2, 14 aufzufassen; vgl. auch l. 7 §. 12 D. de pact. 2, 14 l. 54 §. 1 D. loc. 19, 2 l. 6 pr. D. de cond. c. d. n. s. 12, 4 l. 57 D. de J. D. 23, 3). — Der §. 915 a. b. G. B. enthält nur die allgemeine Auslegungsregel, daß bei einseitigen Verpflichtungen diejenige Erklärung vorzuziehen sei, wonach der sich Verpflichtende am wenigsten beschwert werde (cf. l. 34 D. de R. J. l. 9 eod. l. 38 §. 18 D. de V. O. vgl. A. L. R. I 5 §. 260 I 21 §. 8). Ganz mit Unrecht hat man hieraus öfters eine angebliche Vermuthung „gegen die Schenkung" gemacht (donatio non praesumitur), und daraus verkehrter Weise die Folge abgeleitet, daß bei der condictio indebiti der Condicent nicht die Nichtschuld und den Irrthum (wie nach gemeinem Recht arg. l. 25 pr. i. f. D. h. t. 22, 3 l. 6 C. de cond. ind. 4, 6 cf. §. 1

Concludenz einer Handlung hieher, welche man gewöhnlich (vgl. auch oben §. 85) als technische Vermuthungen anführt: das Gesetz stellt, wie im vorigen Fall für Worte, so hier für Handlungen aus Wahrscheinlichkeitsannahmen abgeleitete Interpretationsregeln auf, und schreibt vor, daß eine Handlung als Ausdruck dieses Willens anzusehen sei, dafern nicht dargethan werde, daß sie im concreten Fall als Ausdruck eines andern Willens angesehen werden müsse[48].

3) In manchen Fällen schreibt das Gesetz dem Richter vor, eine Behauptung, worauf es im Rechtsstreit ankommt, ohne weiters (bis zum Beweis des Gegentheils) für wahr zu halten. Solche Vorschriften stellen keine echten Vermuthungen auf, da sie nicht den Auftrag an den Richter enthalten, eine Behauptung als wahr anzunehmen, wenn eine andere Behauptung gewiß sei, sondern sie stellen vielmehr, wenngleich unter dem Ausdruck von Vermuthungen[49], aus Wahrscheinlichkeitsgründen abgeleitete Interimswahrheiten[49a]

---

l. de except. 4,13 l. 1 §. 1 l. 26 §. 8 D. de cond. indeb. 12, 6 l. 9 §. 5 D. de jur. ignor. 22, 6; übereinstimmend hierin, wenngleich aus verschiedenen Gründen, Savigny III S. 466, Erxleben Die condictio indebiti S. 72 fg., Vangerow III S. 417, Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 193 fg., Römer Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 57 fg., Arndts §. 341 Anm. 6), sondern bloß die Nichtschuld, nicht auch den Irrthum beweisen müsse; so z. B. Zeiller IV S. 259, Ellinger ad §. 1431 a. b. G. B., Nippel VII 2 S. 184. 185, Winiwarter S. 104; die richtige Ansicht hat Stubenrauch III S. 667.

48) Daß man auch hier von Vermuthungen spricht, erklärt sich theils daraus, daß die gesetzliche Vorschrift über die Concludenz einer Handlung aus Vermuthungen hervorgeht, theils daraus, daß diese Auslegungsregel nicht apodiktisch auftritt, sondern den Beweis (den gewöhnlich aber irrig s. g. Gegenbeweis) zuläßt, daß sie im concreten Fall nicht anwendbar sei. Daß man es hier nicht mit technischen Präsumtionen, sondern bloß mit gesetzlichen Erklärungen des Willens zu thun habe (vgl. auch Wetzell I §. 16 Note 8), ergibt sich daraus, daß bei wahren Rechtsvermuthungen der Behauptende den Beweis seiner Behauptung führen muß, wenngleich ihm durch Gestattung einer künstlichen Beweisführung derselbe erleichtert wird, während hier die Behauptung, daß die fragliche Handlung diesen Sinn habe, bis auf weiteres für wahr anzunehmen ist, also der Behauptende vom Beweis seiner Behauptung frei ist.

49) Daß man auch hier den Ausdruck „Vermuthung" gebraucht, erklärt sich daraus, daß das Fürwahrhalten einer Behauptung aus Probabilitätsgründen, das Vorweg-Annehmen (Präsumiren) einer Behauptung als wahr im Bewußtsein der Möglichkeit ihrer Unwahrheit, Vermuthung genannt wird.

49a) Pratobevera Mater. II S. 55 bezeichnet mit diesem Ausdruck, m. E. minder passend, die s. g. praesumtiones juris et de jure.

auf[50]. Während die echten Rechtsvermuthungen das Beweisthema nur in dem Sinn verändern, daß dem Beweispflichtigen gestattet wird, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz kraft gesetzlicher Vorschrift der Richter auf die Existenz jener schließen muß, wird durch die Interimswahrheiten das Beweisthema und hiemit die Beweislast ganz und gar verändert, indem nicht die fragliche Behauptung, sondern ihr Gegentheil Gegenstand des Beweises wird[51]: während daher in jenen Fällen der

50) Der Unterschied der Interimswahrheiten von den technischen Rechtsvermuthungen besteht sonach darin, daß im letzteren Fall das Gesetz sagt: wenn A wahr ist, so ist B für wahr zu halten, während es im ersteren Fall sagt: B ist ohne weiters für wahr zu halten, so lange nicht dessen Gegentheil bewiesen wird. Während daher bei den Rechtsvermuthungen der den Richter zur Schlußfolgerung berechtigende und verpflichtende Umstand angegeben wird, wird bei den Interimswahrheiten nur die s. g. Vermuthung plan und ohne Voraussetzung hingestellt: schon aus dieser formellen Fassung des betreffenden Gesetzes läßt sich sofort erkennen, ob man es mit einer echten oder unechten Vermuthung zu thun habe. — Solche Interimswahrheiten sind z. B. die s. g. Vermuthung, daß ein Kind lebendig geboren worden sei, §. 23 a. b. G. B. vgl. Bd I §. 26 (Zeiller I S. 123 motivirt diese angebliche Vermuthung damit, daß „das Gesetz vermuthe, das Kind habe im Mutterleib gelebt" und daß „die Geburt doch keine gewöhnliche Ursache des Todes eines Kindes sei"; ebenso Winiwarter I S. 122, Stubenrauch I S. 134. 135: woraus folgt aber jene angebliche Vermuthung, daß das Kind im Mutterleib gelebt habe? Auch Berger S. 93 Note 35 sieht in der Bestimmung des §. 23 eine „wirkliche Vermuthung"); die s. g. Vermuthung, daß die versprochene Morgengabe in den ersten drei Jahren der Ehe überreicht worden sei, §. 1232 a. b. G. B.; daß der Erwerb vom Mann herrühre, §. 1237 a. b. G. B. (unrichtig Berger S. 90. 91 mit verkehrten Excursen über das eheliche Güterrecht); daß die zur Fruchtnießung oder zum Bestand übergebenen Sachen von mittlerer Beschaffenheit waren, §§. 518. 1110 a. b. G. B. (unrichtig Berger Note 35); daß eine öffentliche Urkunde echt und gesetzmäßig errichtet sei, §. 113 prov. C. P. O. (Nach röm. Recht gehört z. B. hieher die Präsumtion des früheren Todes eines der Commorienten l. 9 §§. 1. 3. 4 l. 16 l. 22 D. de reb. dub. 34, 5 l. 26 pr. D. de pact. dot. 23, 4; die Präsumtion, daß die von gewissen Personen geleistete Zahlung die Zahlung einer Nichtschuld sei, l. 25 §. 1 D. h. t. 22, 3; daß der Erwerb der Frau vom Mann herrühre s. g. praesumtio Muciana l. 51 D. de donat. int. vir. 24, 1 l. 6 C. eod. 5, 16. Dagegen enthält die l. 14 C. de contrah. stipul. 8, 38 weder eine Fiktion, wie Bähr Die Anerkennung S. 130. 131 meint, noch eine Präsumtion, wie Demelius Die Rechtsfiktion S. 16. 17 meint, sondern einfach eine Bestimmung über die Beweiskraft der Stipulationsurkunde: sancimus, tales scripturas omnifariam esse credendas.) Zur Aufstellung solcher Interimswahrheiten schreitet das Gesetz in Folge von Wahrscheinlichkeitsberechnungen (z. B. im Fall der §§. 23. 1232. 1237 a. b. G. B.), oder aus Motiven der Billigkeit (z. B. §§. 518. 1110 a. b. G. B.), der Sittlichkeit (l. 51 D. cit. l. 6 C. cit.), oder der Nützlichkeit.

51) Es ist in solchen Fällen anomaler Weise eine andere Thatsache zu beweisen, als jene, welche nach den allgemeinen Regeln das Beweisthema bilden würde:

Behauptende beweispflichtig bleibt und ihm nur die Beweisführung erleichtert wird, wird er hier in der That vom Beweis völlig frei, und die Beweislast auf seinen Gegner überwälzt[51a].

4) In manchen Fällen ist die in den Inhalt eines Gesetzes aufgenommene Vermuthung nur eine **Motivirung** der gesetzlichen Vorschrift[52].

5) Es gibt endlich Fälle, in welchen das Gesetz eine **Partei in ihrer Vermuthung**, also in ihrer Wahrscheinlichkeitsannahme **unterstützt**, indem es vorschreibt, daß die in dieser Voraussetzung vorgenommene Handlung die beabsichtigte Wirkung haben solle, sollte gleich jene Voraussetzung im concreten Fall unrichtig sein: auch diese

---

so ist z. B. nicht das Leben, sondern der Tod der Neugeburt, nicht die Erfüllung (solutio), sondern die Nichterfüllung des Versprechens der Morgengabe u. s. f. zu beweisen. Der Beweis, welchen der Gegner des von der Beweislast befreiten Behauptenden führt, ist zwar der Beweis des Gegentheils der betreffenden Behauptung, aber dennoch kein Gegenbeweis, sondern ein wahrer Haupt- (Ver-) Beweis, daher hier allerdings dem Behauptenden der Gegenbeweis offen steht, da für den Satz reprobatio reprobationis non datur (vgl. Bayer Vortr. §. 237 Nr. VI) in diesem Fall die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit fehlt.

51a) Die Nichtunterscheidung dieses Falls von den echten Rechtsvermuthungen hat dahin geführt, daß man in Ansehung aller Präsumtionen die Regel aufstellte, daß sie von der Beweislast befreien, während doch nur die Interimswahrheiten diese Wirkung haben, und die echten Rechtsvermuthungen die Beweislast nicht verändern, sondern nur erleichtern.

52) So spricht der §. 1297 a. b. G. B. in Gestalt einer Vermuthung den Grundsatz aus, daß jedermann für levis culpa zu haften habe (oben S. 244), da das Gesetz annehmen zu dürfen glaubt, daß „jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann": auf diese Motivirung folgt im Schlußsatz die eigentliche Disposition. (Mit Unrecht sieht Stubenrauch III S. 515 hierin eine wahre Vermuthung und will sogar den Gegenbeweis zulassen, daß „dem Beschädiger jenen gewöhnlichen Grad des Fleißes anzuwenden, z. B. wegen Schwachheit, Krankheit u. dgl. nicht möglich war"!) Ebenso enthalten die ersten Worte des §. 388 a. b. G. B. in Gestalt einer Vermuthung die Motivirung (ratio) für die Bestimmung, daß „der Finder eine gefundene Sache nicht für verlassen ansehen und sich dieselbe zueignen darf". — Auch in den Quellen des röm. Rechts finden sich hin und wieder solche Vermuthungen als vulgäre Motivirung der richtigen Vertheilung der Beweislast, so z. B. in l. 23 pr. D. quod met. caus. 4, 2 cf. l. 2 l. 9 C. eod. 2, 20 (woraus die ältere Doktrin die Regel gemacht hat: vis vel metus non praesumitur nisi probetur), und insbesondere in der berüchtigten l. 25 D. h. t. (22, 3), wo im Proömium die Pflicht, die Nichtschuld zu beweisen, mit den Worten motivirt wird: praesumtionem esse pro eo, qui accepit — qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat (vgl. über die vulgäre Präsumtion Bethmann Versuche S. 341 Note 39 und insbesondere Römer Beweislast S. 39 fg. 59 fg.).

Vorschriften treten häufig im Gewand von Vermuthungen auf, obgleich nicht das Gesetz sondern nur die Partei von einer Vermuthung ausgeht, und das Gesetz die Partei nur vor den nachtheiligen Folgen der etwaigen Unrichtigkeit ihrer Vermuthung schützt[53].

II. Das Endurtheil.

1. Begriff, Inhalt und Arten des Endurtheils.

§. 131. Dadurch, daß die Parteien einen Rechtsstreit vor dem Richter abgeführt haben, daß sie Ansprüche und Gegenansprüche erhoben, Behauptungen und Gegenbehauptungen aufgestellt, Klagbitte (Klagbegehren) und Gegenbitte (Einredebegehren) einander gegenübergestellt, Beweis und Gegenbeweis geführt haben, ist dem Richter die Aufgabe gestellt, über das im Streit befangene Rechtsverhältniß zu erkennen, also zu entscheiden, ob der Anspruch des Klägers auf Anerkennung des streitigen Rechts resp. auf Vornahme der dem behaupteten Recht entsprechenden Leistung des Beklagten, oder ob das auf Aberkennung des vom Kläger intendirten Rechts und auf Abweisung desselben mit seinem Begehren gerichtete Verlangen des Beklagten begründet sei[1].

---

53) Das Gesetz autorisirt also die Partei zu einer gewissen Annahme. Fälle dieser Art enthalten die §§. 1030 und 1033 a. b. G. B.; die Partei, welche z. B. dem Lehrling zahlt, wird von ihrer Schuld liberirt, also in ihrer Annahme, daß der Lehrling bevollmächtigt sei, die Bezahlung zu empfangen und Quittung darüber auszustellen, geschützt (§. 1030 a. b. G. B.): der „Eigenthümer der Handlung oder des Gewerbes" müßte daher öffentlich (im Laden, proscribere palam l. 11 §. 3 D. de inst. act. 14, 3) bekannt machen, daß der Diener hiezu nicht berechtigt sei. Auf demselben Gedanken beruht die s. g. Vermuthung des Umfangs und Inhalts einer Prokura, §. 1029 vgl. §. 1028. 1201 a. b. G. B., und insbesondere Thöl Handelsr. I §. 31 a. b. c.: „der Prinzipal haftet dem Inhalt der Prokura gemäß, den das Publikum voraussetzen darf" S. 140. (Unrichtig Berger S. 92, der in den §§. 1029. 1030. 1033 Dispositivgesetze sehen will.)

1) Die Frage, auf welchen Zeitpunkt der Richter bei der Abfassung des Endurtheils zu sehen habe, welchen Einfluß also das Entstehen oder Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses auf das (in diesem Prozeß) zu fällende Urtheil habe (vgl. hierüber Keller L. C. und Urtheil §. 22, Wächter Erörter. Hft III S. 120 fg. Handb. II S. 539 fg., Savigny VI §. 261 Nr. III §. 262 Nr. V §. 263, Vangerow I §. 160 Nr. III, Schmid im civil. Arch. Bd XXX Nr. VII S. 204 fg., Römer Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses in seinem Verhältniß zum Endurtheil 1852 und dazu Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 253 fg. 259 fg. 397 fg., vgl. auch Arndts §. 113 Anm. 4 lit. a und c und Wetzell System I §. 14 Nr. 2), gehört nicht in die Darstellung des materiellen Rechts, sondern in das Prozeßrecht, da es sich hierbei nicht um den materiellen Einfluß des gefällten

Diese Entscheidung, gleichsam die Antwort auf die an ihn gestellte Frage (quaestio), ertheilt der Richter durch das Endurtheil (sententia definitiva)[2]. Das Endurtheil ist in formeller[3] Beziehung

---

Urtheils auf das streitige Recht, sondern um die Voraussetzungen des zu fällenden Urtheils, nemlich um die Bestimmung der zeitlichen Grenze handelt, innerhalb welcher sich die rechtsbegründenden oder rechtsaufhebenden Thatsachen ereignet haben müssen, auf welche der Richter bei Entscheidung des Rechtsstreits Rücksicht zu nehmen hat. Da nun nach heutigem Prozeßrecht der Kläger causa expressa klagen, d. h. in der Klage die Thatsachen, auf welche er seinen Rechtsanspruch stützt, anführen (ja nach österr. Prozeßrecht sogar sofort den Beweis für seine thatsächlichen Behauptungen anbieten) muß, und da der Richter nach den in den Akten angeführten Thatsachen zu erkennen hat, so löst sich jenes Problem in die Frage auf, wie lange eine Klagänderung zulässig sei und inwiefern eine Partei in einem späteren Vortrag noch eine neue Thatsache (nova) vorbringen kann. Mit Unrecht schließen sich die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller für die Lösung jener Frage nach heutigem Prozeßrecht an das römische Recht an, und wollen die Litiscontestation (resp. die Klagmittheilung) als den entscheidenden Zeitpunkt ansehen (l. 23 D. de judic. 5, 1 Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est), während doch die Auffassung des röm. Rechts, wonach das Dasein des Klagerechts im Moment der L. C. die Bedingung des Condemnationsbefehls in der Formel bildete (vgl. Bekker Die prozeß. Consumt. S. 328 fg.), es also (nur) darauf ankam (vgl. Savigny VI S. 77. 78), daß die Intentio zur Zeit der L. C. zurecht bestand (l. 30 pr. D. de pecul. 15, 1 — intenditur enim recte, etiam si nihil sit in peculio cf. l. 27 §. 1 D. de R. V. l. 18 §. 1 D. de H. P. l. 7 §. 4 D. ad exhib. 10, 4 l. 1 §. 21 D. depos. 16, 3 l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13, 7 l. 17 D. mand. 17, 1), schon im canonischen Recht verlassen wurde (c. 3 de sent. in VI 2, 14 vgl. über diese Dekretale Savigny VI S. 70 fg.), und im röm. Recht selbst, was das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der L. C. anbetrifft, überaus wichtige und eingreifende Ausnahmen von jenem Prinzip statuirt wurden (so in der bekannten Regel omnia judicia absolutoria esse §. 2 I. de perpet. et tempor. act. 4, 12 vgl. Keller Civilproz. §. 67, andere Fälle s. in l. 7 §. 7 D. ad exhib. 10, 4 l. 14 pr. D. de cond. furt. 13, 1). Für das heutige Recht muß man vielmehr umgekehrt die, nur stets mit den prozessualischen Vorschriften über Klagänderung und Vorbringung von nova in Verbindung zu haltende, Regel aufstellen, daß der Richter auf das tempus rei judicandae zu sehen hat: mit Recht berücksichtigt daher die Praxis bei der Urtheilsfällung eine erst im Lauf des Verfahrens erfüllte Bedingung (cf. l. 14 pr. cit. D. 13, 1 l. 9 §. 3 cit. D. 13, 7, über die gewöhnlich citirte l. 16 pr. D. de H. P. vgl. Savigny VI §. 263 Note e) oder eingetretene Zeitbestimmung (vgl. Schmid a. a. O. S. 209, Bayer S. 540, Osterloh II S. 21, Wächter §. 71 Note 84).

2) Die Lehre von der Einrichtung, Ausfertigung und Mittheilung des Endurtheils (§. 247 fg. A. G. O. §. 294 fg. prov. C. P. O. vgl. Bayer Vortr. §. 134, Heimbach im R. L. Bd XI S. 766—778) gehört in das Prozeßrecht; deßgleichen die Unterscheidung zwischen Endurtheil (Urtheil κατ' ἐξοχήν, sententia definitiva) und Beiurtheil (sententia interlocutoria), sowie die Unterscheidung zwischen Urtheilen (Erkenntnissen, Decisivdekreten) und Bescheiden

rechtskräftig geworden[4], wenn es durch ordentliche Rechtsmittel[5] nicht mehr angefochten werden kann, wenn also der Rechts-

(nach dem Sprachgebrauch des österr. Prozeßrechts, einfachen Dekreten, richterlichen Anordnungen und Verfügungen, vgl. Planck Beweisurtheil §. 21, Bayer Vortr. §. 133, Osterloh I §. 94, Heimbach im R. L. Bd XI S. 762—766, Wetzell II §. 51), eine Unterscheidung, welche zwar in der A. G. O. consequent durchgeführt, in neueren Prozeßnovellen und insbesondere in der prov. C. P. O. (vgl. §. 295 daselbst) jedoch nicht mehr strenge eingehalten ist (vielfach unrichtig sind die Bemerkungen von Beidtel §. 274 Note 2): für die hier zu gebende Darstellung ist es gleichgültig, ob die Entscheidung der Hauptsache (Endurtheil dem Gegenstand und Inhalt nach) in Form eines Urtheils oder Bescheides ergeht. — Über die Bedeutung des Urtheils im röm. Recht vgl. Planck B.-U. §§. 11. 12, im deutschen Recht Planck B.-U. §§. 2—4.

3) Die formelle Rechtskraft des Endurtheils ist von der materiellen Rechtskraft desselben zu unterscheiden (vgl. Planck Mehrheit der Rechtsstr. §. 66 und Wetzell §. 47 Note 11 §. 51 Note 43): jene bezieht sich auf den richterlichen Spruch als solchen und bedeutet dessen Unanfechtbarkeit (cf. l. 23 §. 1 i. f. D. de cond. indeb. 12, 6 — sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest), diese bezieht sich auf den Inhalt des unanfechtbaren Urtheils und bezeichnet den materiellen Einfluß des Endurtheils auf das streitige Rechtsverhältniß; jene bildet die Voraussetzung dieser; jene gehört in's Prozeßrecht, diese in's materielle Recht (vgl. Keller L. C. und Urtheil S. 197. 198, und oben §. 112 Note 5).

4) Über den Begriff und die Bedingungen der formellen Rechtskraft nach röm. Recht vgl. Bethmann Handb. I §. 32, Savigny VI §§. 284. 285, Keller Civilproz. §. 82, nach heutigem gemeinen Recht vgl. Bayer Vortr. §§. 137. 139, Osterloh I §. 99.

5) Unter ordentlichen Rechtsmitteln gegen ein richterliches Urtheil (über diesen Begriff von Rechtsmitteln vgl. Linde Handb. des Prozeß. Bd IV §§. 1—3, Bayer Vortr. §. 304, vgl. oben §. 113 Note 2) versteht man h. z. T. gewöhnlich jene Rechtsmittel, welche innerhalb einer gewissen Nothfrist (Note 7) interponirt werden müssen (vgl. Linde Handb. IV §. 2 Lehrb. §. 379, Bayer Vortr. §. 305, Osterloh Lehrb. II §. 137). In diesem Sinn gehören zu den ordentlichen Rechtsmitteln nach österr. Recht nicht nur die Appellation und die ordentliche Revision, sondern auch die s. g. außerordentliche Revision (Note 6) und die (s. g. unheilbare) Nichtigkeitsbeschwerde. (Nach österr. Prozeßrecht gibt es nemlich nur eine Nullitätsbeschwerde wegen s. g. unheilbarer Nichtigkeiten, nullitas insanabilis, vgl. §. 262 A. G. O. §§. 339. 343 prov. C. P. O.; wegen s. g. heilbarer Nichtigkeiten findet eine Nullitätsbeschwerde nicht statt. Die sententia contra jus clarum in thesi ist nicht nulla, sondern iniqua s. injusta, und daher mittelst Appellation resp. ordentlicher oder außerordentlicher Revision anzufechten, vgl. §. 335 prov. C. P. O. Hfdkrt. 15. Febr. 1833 Wessely I Nr. 887, vgl. jedoch auch Hfdkrt. 9. April 1800 Wessely I Nr. 870; bei außerwesentlichen Prozeßmängeln, also bei s. g. nullitas ex formalitate et subtilitate processus, findet keine Nullitätsbeschwerde statt, sondern Appellation und Revision, Resol. 31. Okt. 1785, Wessely I Nr. 869, §. 339 Nr. 3 §. 343 prov. C. P. O., und gegen mangelhafte prozeßleitende Bescheide und Verordnungen steht, abgesehen von einer etwaigen Vorstellung, Remonstration, an den dekretirenden Richter [vgl. Nippel Erläuter. II S. 2], das Rechtsmittel des Rekurses an die höhere Behörde zu §. 267

streit in der letzten Instanz[6] entschieden ist, oder wenn das Recht der Berufung an eine höhere Instanz durch Versäumniß der Nothfrist[7] oder Verzicht der Partei[7a] verwirkt ist. Das rechtskräftig gewordene

---

A. G. O. §. 308 fg. prov. C. P. O. Es gilt also insofern für das österr. Recht in der That dasjenige, was auch für das gemeine Prozeßrecht von manchen Schriftstellern, z. B. Burchardi Wiedereinsetzung S. 589 fg., Franke im civil. Arch. Bd XIX Nr. IX, besond. S. 406 fg., jedoch im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht, vgl. Bayer Vortr. §. 331, Osterloh Lehrb. II §. 258, behauptet wird. Die s. g. unheilbare Nichtigkeitsbeschwerde des österr. Rechts ist aber nicht das in Gestalt einer Klage zustehende außerordentliche Rechtsmittel des gemeinen Rechts, sondern ein ordentliches Rechtsmittel, welches in der Regel binnen 14 Tagen interponirt werden muß, §. 263 A. G. O. §. 340 prov. C. P. O.; vgl. Pratobevera Mater. VI S. 196 fg., Linde Hdb. V §. 267.) Zu den außerordentlichen Rechtsmitteln gehört nach österr. Prozeßrecht nur das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §. 372 lit. b fg. A. G. O. §. 360 fg. 366 fg. prov. C. P. O. (vgl. über dieses Rechtsmittel die treffliche Abhandlung von Pratobevera Mater. Bd VI Nr. III S. 117 fg. und Linde Handb. V §. 276 fg.). Das Nähere gehört in die Prozeßlehre.

6) Nach österr. Recht ist (abweichend vom gemeinen Recht vgl. Linde Hdb. IV §. 78) der Zug an die dritte Instanz (welcher bei uns, wie in Baiern und Preußen, nicht Oberappellation, sondern Revision heißt, §§. 260 A. G. O. §. 308 prov. C. P. O., welcher Ausdruck somit etwas ganz anderes bedeutet als nach gemeinem Recht, wonach die Revision bald subsidiarisch, bald nichtsubsidiarisch und stets ein nichtdevolutives Rechtsmittel ist, vgl. Linde Hdb. IV §§. 222—225, Bayer Vortr. §. 327, Osterloh II §. 256) in der Regel nur dann zuläßig, wenn die beiden unteren Instanzen ungleichförmig entschieden haben (§. 260 cit. §. 334 prov. C. P. O.); gegen gleichlautende Entscheidungen ist, von Nullitäten abgesehen (vgl. §. 347 prov. C. P. O.), die Berufung an die dritte Instanz (s. g. außerordentliche Revision, ohne Suspensiveffekt) nur wegen „offenbarer Ungerechtigkeit" zuläßig, Hfdkrt. 15. Febr. 1833, Wessely I Nr. 887, §. 335 prov. C. P. O. (in welchem §. 335 jedoch unpassender Weise disparate Fälle zusammengestellt sind).

7) Die Nothfrist (das Interpositionsfatale) beträgt nach österr. Recht im ordentlichen Prozeß 14 Tage (§§. 252. 260. 263 A. G. O. §§. 321. 333. 340 C. P. O.), nach gemeinem Prozeßrecht 10 Tage (Decendium) nov. 23 c. 1 c. 13 X de sentent. 2, 27 (vgl. Linde V §. 156 und die Stellen bei Osterloh Lehrb. I §. 99 Note 4). — Mit Unrecht (vgl. oben §. 94 Note 57) sprechen manche Schriftsteller (z. B. Bayer Vortr. §. 446, Osterloh I S. 215 II S. 145) in diesen Fällen, wo das Recht der Berufung durch Ablauf der Nothfrist verloren ist, von einem „fingirten Verzicht."

7a) Vom ausdrücklichen und stillschweigenden Verzicht auf den Gebrauch der (ordentlichen) Rechtsmittel (cf. l. 1 §. 3 D. a quib. appell. 49, 2 l. 40 §. 1 D. de pact. 2, 14 l. 28 C. de appell. 7, 62 l. 5 §. 6 C. de tempor. 7, 63 l. 5 C. de re judic. 7, 52 vgl. andere Stellen bei Osterloh I §. 99 Note 3) ist im Prozeßrecht zu handeln, vgl. Linde Hdb. II §§. 118—132, Bayer Vortr. §. 139, Osterloh Lehrb. II §. 252; vgl. auch §. 273 A. G. O. und den noch weiter gehenden §. 377 prov. C. P. O. (Wohl mit Unrecht behauptet Pratobevera Mater. VI

Endurtheil enthält die definitive richterliche Entscheidung des Rechtsstreits, es bildet wie das Ziel so das Ende desselben, da das streitige Rechtsverhältniß durch den richterlichen Ausspruch definitiv festgestellt, die Sache durch das Urtheil erledigt, res judicata[8] ist (res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit l. 1 D. de re jud. 42, 1).

Die Entscheidung des Rechtsstreits kann zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten ausfallen[9]: der Inhalt des Endurtheils besteht in Verurtheilung[10] des Beklagten (Erkenntniß nach Antrag des Klägers) oder in Freisprechung des Beklagten (Erkenntniß nach

S. 200, daß nach österr. Recht ein vor entschiedener Sache erklärter Verzicht auf ein Rechtsmittel unwirksam sei: die Analogie des §. 1502 a. b. G. B. ist unpassend. Aus einem anderen, nicht minder unhaltbaren, Grund stellt Nippel Erläuter. zur A. G. O. II S. 5 die gleiche Behauptung auf.)

8) Unter res judicata verstehen die röm. Quellen den abgeurtheilten Rechtsstreit überhaupt, sollte das Urtheil auch noch nicht formell rechtskräftig geworden sein, also noch im ordentlichen Instanzenzug angefochten werden können (l. 7 pr. D. de transact. 2, 15 Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potuerit. l. 11 eod.). Nach dem durch das canonische Recht (c. 13. 15 X de sentent. 2, 27) angeführten, h. z. T. geltenden Sprachgebrauch versteht man unter res judicata den durch rechtskräftiges Endurtheil entschiedenen Rechtsstreit (vgl. Savigny VI S. 298. 299). Der Ausdruck res judicata wird aber nicht bloß zur Bezeichnung des rechtskräftig abgeurtheilten Anspruchs gebraucht, sondern man bezeichnet damit gewöhnlich auch das rechtskräftig gewordene Endurtheil selbst, welches den Rechtsstreit definitiv erledigt, also das unanfechtbar gewordene Erkenntniß, die sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, wodurch die res zur res judicata wird; so schon das canonische Recht c. 15 cit. — quum post decem (Note 7) dierum spatium sententia in auctoritatem rei transeat judicatae —; und so h. z. T. allgemein vgl. Bayer Vortr. S. 429. 430, Osterloh I §. 99 Note 1, Wetzell II §. 51 Note 43. (Wenn Bekker Prozess. Consumt. S. 135. 136 behauptet, daß schon die römischen Juristen unter res judicata nicht bloß den Anspruch, über den erkannt ist, sondern die Sentenz, das Erkenntniß selbst verstanden, so wird dies wenigstens durch die dafür angeführten Stellen l. 65 §. 2 ad Sc. Trebell. 36, 1 l. 25 D. de stat. hom. 5, 1 l. 12 §. 3 D. de bon. libert. 38, 2 nicht bewiesen, da sich in diesen Stellen der Ausdruck res judicata wohl auf den Inhalt der Sentenz bezieht.)

9) Unbestimmte (unentscheidende) Urtheile (non liquet) sind unstatthaft, vgl. Savigny S. 310 fg.; über die Rechtsfragen hat sich der Richter eine bestimmte Ansicht zu bilden (vgl. auch Bd I §. 7 Note 20), und Behauptungen, die nicht gehörig bewiesen sind, hat er als unbegründet anzusehen.

10) Unter Verurtheilung ist hier nicht die technische Condemnatio zu einer bestimmten Leistung im Gegensatz zur Adjudication und zur bloßen Anerkennung eines Rechts zu verstehen, sondern die Verurtheilung in dem allgemeinen Sinn als Sachfälligkeit des Beklagten (wie z. B. auch in l. 58 D. de R. V. vgl. Keller L. C. §. 27 Note 9), vgl. oben §. 115 Note 7a und Wetzell System S. 390.

Antrag des Beklagten). Es gibt sonach in Beziehung auf den Inhalt zwei Arten von Endurtheilen[11], verurtheilende (condemnatorische) und freisprechende (absolutorische)[12]: auf einer Combination dieser beiden Arten, darauf daß das Urtheil zum Theil nach dem Antrag des Klägers, zum Theil nach dem Antrag des Beklagten erfolgt, beruhen die gemischten Endurtheile.

1) Die Verurtheilung des Beklagten enthält die bejahende Entscheidung der streitigen Frage: Beklagter wird schuldig erkannt, das klägerische Recht anzuerkennen resp. den Klaganspruch zu erfüllen (Entscheidung des Rechtsstreits im positiven Sinn)[12a]. Das verurtheilende Erkenntniß ist seinem Inhalt nach so verschieden, wie das Klagpetit, welches überhaupt die Grundlage für das condemnatorische Urtheil bildet (oben §. 115 Note 5)[13], über welche der Richter in der Zuerkennung nicht hinausgehen darf (ne eat judex ultra petitum)[14]. Da durch das Urtheil nicht neues Recht geschaf-

11) Vgl. Savigny VI §§. 286—290, Wetzell II §. 46.

12) l. 1 D. de re judic. (42, 1) — quod vel condemnatione vel absolutione contingit. l. 3 C. de sentent. (7, 45) Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi. Eine besonders wichtige Classe der verurtheilenden Erkenntnisse bilden die condemnatorischen Urtheile im engern Sinn, d. h. die Urtheile, worin dem Beklagten die Vornahme einer Leistung aufgetragen wird, Note 10 und unten §. 133; vgl. Keller Civilproz. S. 299.

12a) Die Frage, in welchem Fall der Richter den Beklagten zu verurtheilen habe (wenn die Klagthatsachen und keine Einreden, oder doch die Repliken und keine Dupliken eingestanden oder bewiesen sind), ist hier nicht näher zu besprechen.

13) c. 2 in Clem. de V. S. (5, 11) — juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet. — Wie bei dem Gegenstand der Klage Haupt- und Nebengegenstand, bei dem Klagpetit Haupt- und Nebenbegehren (oben §. 115 Note 11), so wird auch bei dem Urtheil Verurtheilung in die Hauptsache und in die Nebenleistungen (omnis causa) unterschieden. — Über die Cautionen, welche bei einer (Freisprechung dem Beklagten, bei einer) Verurtheilung dem Beklagten oder dem Kläger möglicherweise auferlegt werden können (s. g. cautiones judiciales officio judicis praestandae §. 1 I. de div. stip. 3, 18 l. 5 pr. D. de V. O.), vgl. Wetzell S. 408 fg. S. 406 fg.: über die Verurtheilung des Beklagten gegen eine Gegenleistung des Klägers vgl. oben §. 125 Note 20, Wetzell S. 410, Osterloh I S. 217 II S. 147.

14) l. 18 D. comm. divid. (10, 3) — ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest; über diesen wichtigen Satz, der schon nach röm. Recht gegolten hat (vgl. Helmolt Verhältniß S. 275 fg.) gehört das Nähere in's Prozeßrecht (vgl. §§. 299. 335 prov. C. P. O. §. 248 A. G. O.), vgl. Bayer Vortr. §. 12; eine Anwendung dieses Grundsatzes auf die omnis causa s. Bd I §. 66 Note 36 und dazu jetzt auch Wetzell System §. 43 Note 35.

fen werden[15], sondern nur das Rechtsverhältniß wie es unter den Parteien wirklich besteht, festgestellt und zur praktischen Realisirung gebracht werden soll[16], so muß der Gegenstand der richterlichen

---

15) Eine Ausnahme von dieser Regel machen die Adjudicationen bei den drei Theilungsklagen (judicia divisoria), indem eine Partei durch sie Eigenthum, welches ihr bisher in dieser Art oder Ausdehnung nicht zustand, oder dingliche Rechte (besonders Servituten) bekommen kann (§§. 424. 480. 842 a. b. G. B., vgl. Keller Civilproz. S. 158), der Richter also Eigenthum oder jura in re neu begründet §. 20 I. de act. 4, 6 §§. 4—7 I. de off. jud. 4, 17 l. 6 §. 10 l. 18 D. comm. div. 10, 3 l. 22 §. 3 D. fam. hercisc. 10, 2. (Unpassender Weise ist das österr. Gesetzbuch von der Regel des §. 7 I. cit. 4, 17: Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est. Ulp. fragm. XX §§. 2, 16, vgl. Glück Bd IX S. 104, Arndts §. 146, abgewichen, indem es in den §§. 424. 480 a. b. G. B. die Adjudication bloß als einen titulus acquirendi erklärt, zu dem sich noch der modus acquirendi gesellen müsse. Soweit es sich um die Erwerbung von Rechten handelt, welche Gegenstand öffentlicher Bücher sind, ist es in der Ordnung, daß die Inskription des adjudicirten Rechts in denselben erfolge, und insofern mag man die Adjudication als einen Titel, nicht für die Erwerbung, sondern für die Intabulation des durch Adjudication erworbenen Rechts ansehen. Wenn aber der Verurtheilte die Tradition resp. Umschreibung der adjudicirten Sache oder die Einräumung der Servitut verweigert, soll hier erst noch auf Tradition oder auf Einwilligung in die Intabulation resp. auf Rechtfertigung der Pränotation geklagt werden, um das adjudicirte Recht hiedurch erst wirklich zu erlangen? Und führt zuletzt nicht auch die zwangsweise Exekution eines solchen Urtheils darauf, daß der Richter statt des Verurtheilten tradirt, so daß man nunmehr auf Umwegen doch wieder dasselbe erreicht, und nur zwei Prozesse statt eines stattfinden? Und wie, wenn der Verurtheilte die adjudicirte Sache mittlerweile veräußert hat? Nach österr. Recht adjudicirt somit der Richter nicht Eigenthum oder jura in re, sondern legt einer Partei nur die obligatorische Verpflichtung auf, dieselben zu bestellen: es gibt also nach österr. Recht keine Adjudication im eigentlichen Sinn [vgl. Arndts §. 146 Anm. lit. b], und daher keine eigentliche Theilung durch den Richter. Das preuß. Landr. hat in dieser Beziehung mit Recht den Grundsatz des röm. Rechts adoptirt, vgl. Koch Preuß. Privatr. I §. 257.) — Zu den Fällen, in welchen der Richter ausnahmsweise Recht schafft, rechnen manche Schriftsteller (z. B. Bethmann Handb. I S. 339, Wächter Hdb. §. 72 Note 5 Erörter. Hft. II S. 30, Wetzell II S. 490) auch den Fall, wenn der Richter bei Exekution eines nicht auf restituere oder exhibere, sondern auf dare und tradere gerichteten Urtheils dem Kläger das Recht bestellt, welches der widerspenstige Beklagte zu bestellen verpflichtet ist (vgl. §§. 302. 305. 307 A. G. O. §§. 450. 451. 452. 459 prov. C. P. O.): allein in diesen Fällen handelt (dat vel tradit) der Richter nur statt des ungehorsamen Schuldners, er schafft also nicht neues Recht, sondern bringt als nothwendiger Stellvertreter des Beklagten das geschuldete Recht zur Existenz, cf. l. 46 D. de A. R. D 41, 1 §. 42 I. de R. D. 2, 1, vgl. Arndts §. 146 Anm. a. E.

16) l. 8 §. 4 D. si servit. vindic. (8, 5) — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari.

Verurtheilung identisch sein mit dem Gegenstand der als begründet erkannten Klage. Dieser im heutigen Recht[17] zur vollen Geltung gebrachten Regel zufolge hat der Richter den Beklagten gerade in dasjenige zu verurtheilen, worauf der als begründet erkannte Klag-

---

17) Vgl. Wächter Erörter. Hft II Erört. IX „Das allgemeine Verhältniß der richterlichen Verurtheilung und Exekution zum Inhalt des eingeklagten Rechts nach röm. und heutigem Recht" (S. 14—33), Savigny VI §. 287. — Zur Zeit des Formularprozesses war bekanntlich jede Condemnatio auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet: omnis condemnatio pecuniaria; Gaj. IV §. 48 (Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat) §. 52; vgl. Puchta Instit. II §. 166, Keller Civilproz. §. 39. Die extraordinaria cognitio aber konnte wohl von jeher zur Zuerkennung des ursprünglichen Klagobjekts führen (cf. l. 5 §. 10 D. de agnosc. et alend. lib. 25, 3 l. 2 C. de sentent. quae sine certa quant. 7, 46 vgl. Keller Civilproz. §. 81 Note 791, Buchka Einfluß II §. 13 Note 2, Wächter a. a. O. Note 1), und da diese Procedur später die Regel wurde, so fiel die Nothwendigkeit der pecuniaria condemnatio von selbst hinweg. Im justin. Recht ist der Richter angewiesen, soviel als möglich auf eine bestimmte Geldsumme oder auf die Sache selbst zu sprechen (§. 2 I. de off. jud. 4, 17 — jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus §. 32 I. de act. 4, 6 Curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat; vgl. hierüber und über l. 17 C. de fid. lib. 7, 4 Bethmann Handb. I S. 337, Buchka Einfluß II S. 49 fg., vgl. auch l. 16 §. 6 D. de pignor. 20, 1); ob der Richter auch auf das facere unmittelbar erkannte oder dasselbe sofort zu Geld veranschlagte, ist streitig (vgl. einerseits l. 13 § 1 D. de re judic. 42, 1 — in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus, andererseits l. 14 C. de sentent. 7, 45 — aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare — vgl. einerseits Bethmann Handb. I S. 338, Buchka Einfluß II S. 51, Wetzell §. 46 Note 28, andererseits Wächter a. a. O. S. 20, Sintenis in der Gieß. Zeitschr. Bd XI Nr. II §. 9). Im heutigen Recht gehen unzweifelhaft Petit und Urtheil auf dasjenige, was im concreten Fall wirklich geschuldet wird, und hierauf geht denn auch die Exekution. Ist die Verurtheilung auf eine positive Handlung (ein facere) gerichtet, so findet indirekter Zwang (durch Geldstrafen oder Arrest) zur Vornahme der schuldigen Handlung (ad factum praestandum) statt, und erst dann, wenn diese Ungehorsamsstrafen erfolglos bleiben, oder der Gläubiger dieß gleich Anfangs vorzieht, wird die geschuldete Leistung zu Geld veranschlagt, also eine Verwandlung des ursprünglichen Gegenstands der Judikatsobligation durch Taxation des Interesses vorgenommen, und die geschuldete Leistung als Geldschuld beigetrieben (cf. l. 5 D. de interd. 43, 1 l. 13 §. 7 D. quod vi aut clam 43, 24 l. 7 D. si serv. vind. 8, 5); §. 310 A. G. O. §§. 456. 458 prov. C. P. O. vgl. Osterloh Lehrb. II §. 235, Wetzell II S. 492. 493, Bayer Vortr. §. 336. (Mit Recht hat sich jedoch Wächter Erörter. II S. 25 fg. Handb. II S. 547. 548 gegen den exekutiven Zwang zum positiven Handeln, besonders durch Personalarrest, erklärt:

anspruch gerichtet ist[18]. Bei bloßen Anerkennungsklagen (§. 115 Nr. II) spricht daher der Richter die einfache Anerkennung der Existenz (oder Nichtexistenz) des behaupteten (oder vom Gegner angemaßten) Rechtsverhältnisses aus; bei persönlichen Klagen geht die Verurtheilung auf eine bestimmte Handlung oder Unterlassung, welche dem Beklagten in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen oder substituirten[19] Gegenstand der die Klage begrün-

„ein Zwang zu solchem Thun, etwa gar durch Gefängnißstrafen, würde bei bloßen privatrechtlichen Verbindlichkeiten in der Regel gar zu weit führen, und sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Schuldner außer Stande wäre, das Interesse zu bezahlen.")

18) Besteht die im Urtheil auferlegte Leistung in einer bestimmten Handlung oder in Herausgabe bestimmter Sachen, und wird dieselbe vom Beklagten hartnäckig verweigert (Note 17 a. E.) oder in einer ihm zuzurechnenden Weise unmöglich, so tritt an deren Stelle die Leistung des Interesses, dessen Höhe in einem s. g. Liquidationsverfahren (wie ein solches auch in anderen Fällen stattfindet, so rücksichtlich der noch zu berechnenden und festzustellenden Accessionen, insbesondere der Prozeßkosten, ebenso bei s. g. Universalklagen, und wenn das Urtheil mit Vorbehalt der Bestimmung der Summe die Entschädigung an sich zuerkennt l. 2 C. de sentent. quae sine 7, 46 l. 3 C. de fruct. 7, 51 l. 5 §. 1 D. de re judic. 42, 1 vgl. Bayer Vortr. §. 337, Wetzell S. 406) ermittelt werden muß §§. 306. 308. 309. 310 A. G. O. §§. 453. 455. 456 prov. C. P. O. (vgl. Bayer §. 337 lit. c. und Osterloh II §. 229 Note 17). Es findet also neuer Klagantrag und neues Verfahren statt, jedoch in der Exekutionsinstanz, da es sich nur um Verwandlung des ursprünglichen Gegenstandes der Judikatsobligation in Geld handelt, und dieses Verfahren also nur die (summarische) Erörterung und Feststellung des Interesses innerhalb der im Erkenntniß bestimmten Grenzen bezweckt (l. 6 C. de exsec. r. j. 7, 53), daher der Verurtheilte nur solche Einwendungen vorbringen darf, welche sich auf die Bestimmung des zuzuerkennenden Geldquantums, nicht auf die im Urtheil anerkannte Verpflichtung beziehen. Gegen die Entscheidung in diesem Liquidationsverfahren sind übrigens die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig. (Dieses Verfahren ist demjenigen ähnlich, welches die confessio in jure nöthig machte, wenn sie nicht auf eine bestimmte Summe Geld lautete, l. 3 l. 6 §§. 1. 2 l. 7 D. de confess. 42, 2 l. 25 §§. 1. 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2 — das s. g. arbitrium rei aestimandae vgl. Savigny VII S. 9. 10 — und entspricht jenem Theil des Prozesses bei den actiones arbitrariae, in welchem nach erfolglos gebliebenem jussus de restituendo der Streitgegenstand geschätzt wurde vgl. Keller Civilproz. S. 109.) Der Kläger kann aber natürlich auch, um das doppelte Verfahren zu vermeiden, gleich in der ersten Klage sein Begehren eventuell auf das Interesse stellen, vgl. Nippel Erläuter. II S. 197.

19) Ist die persönliche Klage unmittelbar auf das Interesse gerichtet, so muß auch das Urtheil, wenn die Klage als begründet erscheint, auf das Interesse gehen: die Frage, in welchen Fällen der Gläubiger berechtigt ist, sofort das Interesse zu fordern (nicht nur wenn die ursprüngliche Leistung auf's Interesse geht, cf. l. 68 D. de V. O. 45, 1, oder die gekaufte Sache evincirt wird, sondern auch wenn durch Mora des Schuldners die ursprüngliche Sachleistung unmöglich geworden

denden Obligatio auferlegt wird; bei unpersönlichen Klagen (actiones in rem) enthält das condemnatorische Urtheil nebst dem Ausspruch (pronuntiatio, oben §. 115 Note 12) über das Dasein des streitigen Rechts in der Person des Klägers (resp. das Nichtdasein einer Beschränkung des klägerischen Eigenthumsrechts[20]) die Auflage an den Beklagten, dasjenige zu leisten (resp. in der Zukunft zu unterlassen[21]), wodurch der dem anerkannten Recht entsprechende Zustand wiederhergestellt (resp. gestört) wird.

2) Die Freisprechung des Beklagten[21a] enthält die verneinende Antwort auf die an den Richter gestellte Frage (Entscheidung des Rechtsstreits im negativen Sinn): der Anspruch des Klägers wird nicht als begründet befunden, der Beklagte nicht als schuldig erklärt, das behauptete Recht anzuerkennen resp. die beanspruchte Leistung zu entrichten, und von der Klage definitiv losgesprochen (absolutio ab actione)[22]. Mehr als solche Freisprechung kann der

---

oder doch für den Gläubiger allen Werth verloren hat cf. l. 24 §. 4 D. loc. 19, 2) gehört in's Obl. R.

20) Dieß ist der Fall, wenn der mit der negatorischen Klage auftretende Eigenthümer siegt: der Richter pronunciat. N^o^. N^o^. jus non esse, tigna in parietem A^i^. A^i^. immissa habere, aedes altius tollere etc. vgl. die Stellen bei Keller Civilproz. Note 328.

21) Das zukünftige Unterlassen (resp. Dulden) kann im Urtheil sowohl bei confessorischen und negatorischen Klagen als Sicherung gegen künftige Eingriffe auferlegt werden (l. 12 D. si serv. vindic. 8, 5 Egi, jus illi non esse, tigna in parietem immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat. l. 7 eod. l. 5 §. 7 D. si ususfr. pet. 7, 6 Quid ergo officium erit judicis, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur? l. 15 D. de op. nov. nunc. 39, 1), als bei Obligationem (§. 7 I de verb. obligat. 3, 15) und bei possessorischen Klagen (l. un. C. uti poss. 8, 6 §. 339 a. b. G. B. §. 15 der kais. Verordn. v. 27. Okt. 1849, §. 631 prov. C. P. O.). Ein solches Urtheil wird im heutigen Recht (vgl. Wetzell S. 407. 408, Osterloh II S. 163. 164) dadurch vollstreckt, daß dem prohibitiven Inhalt des Urtheils eine Strafandrohung beigefügt wird und bei erfolgter Contravention cautio de non amplius turbando auferlegt wird. (Es läßt sich wohl nicht billigen, daß nach §. 457 prov. C. P. O. die Strafandrohung nicht sofort dem Urtheil beigefügt wird, wie dieß auch §. 162 J. R. A. vorschreibt, sondern erst nach einer wirklich vorgefallenen Contravention Strafe angedroht wird.)

21a) Die Freisprechung des Beklagten erfolgt, wenn die Klag- resp. Replikthatsachen weder zugestanden, noch bewiesen sind, oder wenn eine Einrede resp. Duplik liquid (zugestanden oder bewiesen) ist.

22) Es bleiben hier also die Fälle außer Betracht, in welchen eine absolutio ab instantia (oben §. 125 Note 86) stattfindet, also die Klage (in Folge dilato-

Beklagte nicht erreichen, Ärgeres als diese Verneinung der Klagbitte kann den Kläger nicht treffen: der Kläger kann nicht verurtheilt, sondern nur mit seinem Anspruch (Klagebegehren) abgewiesen werden[23], sollte dieß auch auf Einreden hin geschehen, welche auf besonderen klagbaren Gegenansprüchen des Beklagten beruhen[23a]. Von dieser Regel, daß überhaupt nur der Beklagte nicht auch der Kläger verurtheilt werden kann (actor non condemnatur), bestehen jedoch theils scheinbare Ausnahmen (Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten[24] und im Fall einer eigentlichen gleichzeitigen Widerklage[25]), theils solche Ausnahmen (judicia duplicia[26]),

---

rischer Einwendungen) durch rechtskräftiges Urtheil angebrachtermaßen (zur Zeit, mit Vorbehalt ihrer Wiederanstellung im Urtheil) abgewiesen wird; in diesen Fällen steht der späteren Erneuerung der Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen, weil über den Klaganspruch eben noch nicht definitiv erkannt, res nicht judicata ist (vgl. Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 125, Wächter Hdb. II S. 559).

23) Vgl. Savigny §§. 289. 290.

23a) cf. l. 18 §. 4 D. commod. (13, 6) und zu dieser Stelle Savigny §. 289 Note i; ferner Wächter Handb. §. 72 Note 2, Wetzell S. 402.

24) Die Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten „beruht auf den besonderen aus dem Prozeß entspringenden Verpflichtungen", deren Darstellung dem Prozeßrecht angehört.

25) Die eigentliche (gleichzeitige) Widerklage (reconventio perfecta s. propria) ist jene wider den Kläger vom Beklagten bei demselben Gericht angestellte Klage, welche gleichzeitig mit der Vorklage (conventio) in denselben Akten verhandelt und zugleich mit der Vorklage in einem gemeinsamen Urtheil entschieden wird: sie hat, wie man zu sagen pflegt, effectum simultanei processus. Wird in einem solchen Fall der Vorkläger verurtheilt, so wird er nicht als Kläger, sondern als mit der Widerklage Beklagter, nicht also actor, sondern als reus condemnirt, indem er diese beiden Eigenschaften in seiner Person vereint (vgl. Savigny VI S. 330 fg. 336 fg.). Die uneigentliche (successive) Widerklage (reconventio imperfecta s. impropria) hat nicht den effectus simultanei processus, sie wird in abgesonderten Akten verhandelt und in einem besondern Erkenntniß abgeurtheilt, jedoch von demselben Richter, welcher die Vorklage entscheidet und dem der Vorkläger sonst nicht unterworfen wäre; §. 33 J. N. v. 20. Nov. 1852 cf. l. 22 D. de jud. 5, 1 (s. g. effectus prorogationis, den übrigens nicht die Anstellung der Widerklage, sondern die Anstellung der Vorklage hat). Nach österr. Prozeßrecht (vgl. Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1827 II S. 123 fg.; über das gemeine Recht vgl. Sartorius Die Lehre von der Widerklage 1838, Bayer Vortr. §§. 203. 204, Osterloh II §. 198) ist die Widerklage regelmäßig eine uneigentliche, indem der effectus simultanei processus vom Belieben des Vorklägers abhängt §. 62 A. G. O. Resol. v. 31. Okt. 1785 (Wessely I Nr. 365) Hfdkrt 27. Sept. 1792 (Wessely I N. 367) §§. 27. 28 prov. C. P. O.

26) l. 10 D. fin. regund. (10, 1) Judicium communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex

welche sich aus dem materiellen Wesen des zum Streit gebrachten Rechtsverhältnisses ergeben[27], indem, was insbesondere[27a] die Theilungsklagen (judicia divisoria) betrifft, eine Auseinandersetzung

jus habeant, agentis et ejus quocum agitur. l. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa finium regundorum, familiae herciscundae, communi dividundo, interdictum ut possidetis, utrubi. l. 2 §. 3 D. fam. ercisc. 10, 2 l. 44 §. 4 eod. c. 3 X de prob. (2, 19). Über die judicia duplicia (actio duplex, mixta im Gegensatz der actio simplex vgl. oben §. 114 Note 10 a. E.) vgl. Savigny V S. 151. 152, Keller Civilproz. §. 90. Der in prozessualischer Beziehung (und zwar insbesondere für das österr. Recht vgl. Note 25 a. E.) wichtige Unterschied der actio duplex von der reconventio propria besteht darin, daß dort nicht zwei Klagen und zwei Prozesse vorhanden sind, sondern nur Eine Klage und Ein Prozeß, welche dasselbe Rechtsverhältniß betreffen (vgl. Bayer Vortr. S. 639), und daß hierbei die doppelte Eigenschaft der Parteien als Kläger und Beklagter nicht erst wie bei der Widerklage von der Willkür des Beklagten (resp. des Klägers nach österr. Recht) abhängt, „sondern durch die allgemeine Natur dieser Klagen begründet wird, also durch den Richter überall zur Anwendung gebracht werden muß, wo nur die Umstände dazu geeignet sind" (Savigny VI S. 329). — Gegen die unrichtige, das Wesen der actio duplex verkennende, Behauptung von Windscheid Die Actio S. 27 Note 3 Abwehr S. 40. 41, daß im heutigen Recht „der Begriff der actiones duplices keine Bedeutung mehr habe", da der Kläger doch nicht ohne Antrag des Beklagten verurtheilt werden könne, auf Antrag desselben dieß aber immer möglich sei, indem es dem Beklagten frei stehe, als Widerkläger aufzutreten, vgl. Muther Die Actio S. 60 und insbesondere Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 99 Anm.

27) Daß bei den judiciis duplicibus beide Parteien die doppelte Stellung als Kläger und Beklagter einnehmen (uterque actor est et rei et actoris partes sustinet), ist nicht der Grund der Duplicität dieser Prozesse, sondern nur ein anderer Ausdruck für diese Eigenschaft. Die Vertheilung der Parteirollen ist bei diesen Prozessen nur eine formelle: über die Bestimmung derselben vgl. l. 2 §. 1 D. comm. div. (10, 3) l. 13. 14 D. de jud. (5, 1) vgl. Osterloh I S. 244. 296, Wetzell I S. 23 II S. 402 und oben Bd I §. 70 Note 30 lit. e.

27a) Nach röm. Recht sind auch die interdicta retinendae possessionis duplicia (l. 2 pr. D. de interd. 43, 1 Interdictorum quaedam duplicia sunt, quaedam simplicia. Duplicia dicuntur, ut Uti possidetis —. l. 3 §. 1 D. Uti poss. 43, 17 Hoc interdictum duplex est, et hi, quibus competit, et actores et rei sunt. §. 7 I. de interd. 4, 15 — Duplicia sunt, veluti Uti possidetis interdictum et utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quum actoris partem sustinet): bestritten sind jedoch nicht nur die Voraussetzungen und der Umfang dieser Duplicität, sondern in neuester Zeit (Schmidt Interdiktenverf. S. 112 fg. 183 fg.) selbst die materielle Wirkung der Duplicität dieser Interdikte überhaupt, vgl. Savigny Besitz §. 37, Vangerow I §. 336, Arndts §. 172 Anm. 2. Ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen die possessorische Klage zum Schutz des gestörten Besitzes (interdictum retinendae possessionis §. 339 a. b. G. B.) nach österr. Recht eine actio duplex sei, kann erst in der Lehre vom Besitz dargestellt werden.

sich nicht einseitig zu Gunsten eines der beiden Gemeinschafter bewirken läßt, Theilung also nicht möglich ist, ohne beiden Parteien Rechte einzuräumen und Verbindlichkeiten aufzulegen [28].

3) Gemischte Endurtheile enthalten theils Freisprechung theils Verurtheilung des Beklagten [28a]. Der Gegenstand der Klage und des Urtheils wird hierbei als in mehrere Theile zerlegt gedacht, und der eine Theil dem Kläger zuerkannt, der andere ihm aberkannt [29]. Die Möglichkeit solcher Endurtheile beruht darauf, daß einerseits das Petit des Klägers als auf jeden im Umfang des eingeklagten Rechts enthaltenen Theil gerichtet zu betrachten ist, und andererseits der Richter (schon im justinianischen Recht [30]) angewiesen ist, inner-

---

28) §. 20 I. de act. (4, 6) §§. 4—7 I. de off. jud. (4, 17); die Formel der Theilungsklagen (quidquid alteri ab altero adjudicari alterumve alteri dare facere oportet ex fide bona) s. bei Keller Civilproz. Note 458. — Auch bei den Theilungsklagen kann, die unbestrittene Existenz der Gemeinschaft vorausgesetzt (cf. l. 10 §. 1 D. fam. hercisc. 10, 2 l. 18 D. de except. 44, 1, über diese s. g. exceptio praejudicialis vgl. auch Fischer Handb. der dilat. Einwend. §. 83 Nr. 5), unter Umständen ein doppeltes Verfahren stattfinden müssen: zuerst darüber, ob (jetzt) getheilt werden müsse; dann, wenn gerichtlich ausgesprochen ist, daß getheilt werden muß, ein zweites Verfahren, worin durch Adjudication und Condemnation (oben §. 114 Note 10) einem jeden Gemeinschafter das entsprechende Werthäquivalent zugewiesen wird (vgl. Glück XI §. 738, Wetzell S. 406, Koch Preuß. Civilproz. §. 429): für das Theilungsverfahren fehlt es aber freilich im österr. Prozeßrecht an gesetzlichen Vorschriften (über das preuß. Recht vgl. Koch a. a. O. §. 430 fg.).

28a) Ein aus Freisprechung und Verurtheilung gemischtes Endurtheil findet statt, wenn der Kläger mehr gefordert hat, als ihm gebührt, mag er nun seinen Anspruch nur zum Theil bewiesen haben, oder mag der Beklagte die theilweise Tilgung desselben dargethan haben; über diese Classe von Urtheilen vgl. Savigny VI S. 301 fg., Wetzell System II S. 402—404.

29) Insoferne sind hier in Einer Formel zwei Urtheile enthalten, wovon das eine reine Freisprechung, das andere reine Verurtheilung enthält; Savigny VI S. 301. 302. Bei uns pflegt man die theilweise Freisprechung im Urtheil ausdrücklich hervorzuheben, so daß schon der tenor sententiae das Urtheil als ein gemischtes erscheinen läßt (z. B. Beklagter werde verurtheilt, dem Kläger statt der angesprochenen 100 nur 60 zu geben; mit dem Überrest von 40 werde der Kläger hiemit abgewiesen); vgl. Note 32.

30) Im älteren Formularprozeß dachte man sich, dafern die Klage auf ein certum gerichtet, also intentio certa war (z. B. si paret fundum meum esse, si paret centum dari oportere vgl. Savigny V S. 74 fg.), die Existenz des behaupteten Klagerechts im Ganzen als Bedingung der Condemnatio, so daß dem Richter nur freistand, entweder auf das Ganze zu verurtheilen oder den Beklagten völlig frei zu sprechen, daher dem Kläger das Minus, welches ihm wirklich gebührte, nicht zugesprochen werden konnte (causa cadere wegen Pluspetitio), Gaj. IV §§. 53. 54. 68, Fragm. Vatic. §§. 52. 53 §. 33 I. de act. (4, 6) Si quis

halb der Grenzen des Klagbegehrens die Verurtheilung stets dem im Prozeß sich als begründet herausstellenden Umfang des klägerischen Rechts anzupassen, so daß er also zwar nicht über das im Petit Geforderte hinausgehen darf, wohl aber innerhalb desselben (auf das Minus[30a]) sprechen darf und muß[31]. Hieraus folgt aber zugleich andererseits, daß alles was das Urtheil nicht zuspricht, obschon es Gegenstand des Rechtsstreits geworden war und daher zugesprochen werden konnte, als abgesprochen zu betrachten ist[32], so daß auch die völlige Freisprechung sich nicht bloß auf das Ganze sondern auch auf jeden darin begriffenen Theil bezieht[32a], auf welchen der Richter

---

agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineret, causa cadebat id est rem amittebat —. l 1 pr. D. de interr. in jure (11, 1, vgl. Keller L. C. §. 56 Civilproz. §. 44, Savigny VI S. 302 und besonders Bekker Die prozess. Consumt. S. 61 fg. Über das justin. Recht vgl. §. 33 I. cit. l. 1. 2 C. de plus pet. (3, 10).

30a) Über diesen prozessualischen Grundsatz, dessen nähere Ausführung dem Prozeßrecht angehört, vgl. Windscheid S. 372.

31) Wenn daher aus einem Vertrag 100 gefordert werden und nur 60 (überhaupt oder noch) geschuldet sind, so spricht der Richter den Beklagten von 40 frei und auf 60 schuldig, deßgleichen wenn der Kläger eine Heerde vindicirt und es sich herausstellt, daß ihm nicht alle Stücke gehören, oder wenn der Kläger das Eigenthum an einer Sache anspricht, während ihm nur ideale oder bestimmte reelle Theile derselben gehören (Pluspetition re §. 33 I. cit. verb. Re, veluti si quis pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit etc.); ebenso wenn der Kläger den Anspruch auf eine bestimmte Sache stellt, statt auf das Alternativum oder Genus, in welchem Fall (der Pluspetition causa cf. §. 33 I. cit. verb. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur etc.) das Wahlrecht im Urtheil offen gelassen werden muß (vgl. Osterloh II S. 21); ferner wenn der Kläger an einem andern Ort als dem Zahlungsort die Erfüllung fordert (§. 33 cit. verb. Loco plus petitur etc. Wetzell S. 403, Bayer S. 538 fg.).

32) Es gilt dieß insbesondere auch von den Accessionen und Früchten (omnis causa), welche der Kläger angesprochen hat und die im Urtheil etwa (denn vgl. Hfdkrt. 30. Sept. 1785 Wessely I Nr. 786 und §. 296 Nr. 5 prov. C. P. O.) mit Stillschweigen übergangen sind: es ist gerade so als wären sie ausdrücklich abgesprochen worden (l. 13 C. de usur. 4, 32 l. 4 C. depos. 4, 34 Linde Hdb. IV S. 31, Savigny S. 305); nach röm. Recht gilt dasselbe von den Prozeßkosten (l. 3 C. de fruct. et lit. 7, 51): allein nach österr. Prozeßrecht (§. 402 A. G. O. §. 582 prov. C. P. O.) soll der Richter „jederzeit die Gerichtskosten ausdrücklich aufheben oder demjenigen, welchem sie zu ersetzen sind, zuerkennen“; vgl. auch Note 29.

32a) Vgl. Savigny S. 303, der aber S. 304. 314 zu weit geht, wenn er jede Verurtheilung, „auch ohne sichtbare Abweichung vom Antrag des Klägers“ als ein gemischtes Urtheil ansieht, „wobei stets der stillschweigende Zusatz hinzu zu denken sei: ein Mehreres hat der Kläger nicht zu fordern“: diese Behauptung widerspricht der Fundamentalregel, daß mehr als in judicium deducirt ist, nicht

hätte sprechen können und müssen, wenn er den Klaganspruch auch nur zu diesem Theil begründet gefunden hätte[33].

2. Die materiellen Wirkungen des rechtskräftigen Endurtheils*.

a) Die materielle Rechtskraft des Urtheils und ihre Wirkungen.

§. 132. I. Durch das richterliche Endurtheil, welches die (formelle) Rechtskraft beschritten hat, wird der Rechtsstreit nicht nur für diesesmal, sondern für immer, also definitiv und endgültig, erledigt[1]: die rechtskräftig entschiedene Sache ist ein für allemal abgeurtheilt (Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione

---

consumirt ist — daher denn schon im röm. Formularprozeß eine Theilung des Klaganspruchs zuläßig und unschädlich, ja in gewisser Beziehung nützlich war Gaj. IV §§. 56. 122 vgl. Keller Civilproz. S. 165. 166. 182. 183, Bekker Consumt. §. 7 insbesondere S. 75 — und ebensowenig judicirt ist cf. l. 17 D. rem rat. (46, 8) l. 21 D. de R. C. (12, 1) cf. §. 34 I. de act. (4, 6).

33) Dieß ist von besonderer Wichtigkeit wegen der exceptio rei judicatae, welche der späteren Klage auf das (stillschweigend abgesprochene) Minus entgegensteht, l. 14 pr. D. h. t. (44, 2) vgl. folg. § Text zu Noten 62a fg.

*) Vgl. Keller Litiscontestation und Urtheil (1827) Abschn. II S. 197 fg. Civilproz. 2. Aufl. §§. 71—73, Kierulff Theorie I S. 42 fg. 249 fg. 303 fg., Arnold Praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiet (1844) Hft. II Nr. XI „Über den Umfang und die Grenzen der res judicata" S. 260—329, Buchka Einfl. I §. 11 II §§. 13. 17. 23. 24, Wächter Erörter. Hft. III S. 35—61 Hdb. II §. 73, Savigny System VI §§. 280—301, Pfeiffer „Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile" im civ. Arch. Bd XXXVII Nr. 4 und 10, Windscheid Die Actio §§. 10—13, Wetzell System II §. 47, Heimbach im R. L. Art. Urtheil Bd XI S. 762—867, besonders S. 778 fg. (der aber „hauptsächlich" Savigny's Darstellung folgt). — Was die österreichischen Schriftsteller, sowohl die Civilisten als die Prozessualisten, über diese wichtige und schwierige Materie lehren, ist überaus dürftig, und beschränkt sich zumeist auf Hervorhebung der subjectiven Identität der beiden Rechtsstreite als Bedingung der Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae, und auf die novirende Kraft des Urtheils. Mit der letzteren Frage allein beschäftigt sich auch der Aufsatz von Winiwarter „Von der Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils in Beziehung auf das materielle Recht" in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1842 I Nr. XXV S. 309 fg. — Über das preuß. Recht vgl. Koch Lehrb. I §§. 299—301, Förster Klage und Einrede §§. 51—56.

1) Es wird hier stets vorausgesetzt, daß das freisprechende Urtheil eine absolutio ab actione, nicht etwa bloß eine absolutio ab instantia enthält (vgl. vorhergehenden § Note 22, Wächter Handb. S. 559, Wetzell §. 47 Note 81 und besonders Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeit. §. 36). — Wenn das formell rechtskräftige Urtheil in Folge angesuchter Restitution aufgehoben wird, so fallen natürlich mit der Ursache auch die Wirkungen hinweg.

judicis accepit — l. 1 D. de re judic. 42, 1). Stünde es den streitenden Parteien frei, den durch Urtheil entschiedenen Rechtsstreit immer wieder von neuem aufzunehmen, so wäre des Streitens kein Ende, da derjenige Theil, dessen Begehren gemäß die jeweilige richterliche Entscheidung, im Ganzen oder zum Theil, nicht ausfiel, durch erneuerte Verhandlung eine vortheilhaftere Entscheidung zu erlangen suchen würde, was bei dem Umstand, daß der Sieg der einen Partei nothwendig mit der Sachfälligkeit der anderen Partei verbunden ist, zu einer steten Wiederkehr des Rechtsstreits führen würde: das richterliche Urtheil würde den Streit nicht beenden, sondern ihn vielmehr perpetuiren und die Quelle sich stets erneuender Prozesse werden. Es hat sich daher die Regel herausgebildet, welche als eine weise und segensreiche anzuerkennen ist [2], daß durch das Dasein eines (formell) rechtskräftigen Urtheils die Wiederholung des entschiedenen Rechtsstreits abgeschnitten wird (l. 6 D. de exc. rei judic. 44, 2 Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatae [rem judicatam] frequens est [3]). Diese Regel enthält zunächst nur ein Negatives: über den rechtskräftig entschiedenen Anspruch darf nicht ein zweites Mal gestritten werden (Bis de eadem re ne sit actio). Einen positiven Inhalt und hiemit zugleich die wahre Bedeutung und eigentliche Vertiefung, deren sie an sich fähig ist, erhält diese Regel dadurch, daß sie als Ausfluß des höheren Gedankens aufgefaßt wird, daß dasjenige, was durch (formell) rechtskräftiges Urtheil unter den Parteien entschieden ist, zwischen ihnen und ihren Rechtsnachfolgern (vgl. Nr. III) auch für alle Zukunft als gewiß und ausgemacht zu gelten hat [4]. Die Regel, daß

---

2) Vgl. hierüber J. Möser in der Note 8 angef. Abhandl. und Savigny VI §. 280. (Nach canon. Recht erwächst das Urtheil über die Gültigkeit einer Ehe niemals in Rechtskraft und kann daher immer von neuem wieder darüber gestritten werden, c. 7. 11 X de sentent. 2, 27 c. 5. 6 X de frig. 4, 15, Walter Kirchenr. §. 316, Richter Kirchenr. §. 267 Note 10, Planck a. a. O. §. 36 Note 2, Schulte kath. Eher. S. 462 fg.)

3) Über diese Stelle, ihre Lesart und Bedeutung vgl. Savigny S. 261. 262.

4) Die materielle Bedeutung und Wirkung der res judicata hat begrifflich mehrere Entwicklungsstufen. Zunächst ist nur die Ausführung der richterlichen Ent=

das rechtskräftig Entschiedene nicht von neuem Gegenstand prozessualischer Verhandlung werden darf, erklärt sich von diesem Gesichtspunkt aus, welcher im heutigen Recht der vorherrschende ist[4a], nicht daraus, daß über das fragliche Rechtsverhältniß schon einmal gestritten und geurtheilt wurde, sondern daraus, daß dasjenige, um was es sich handelt, bereits feststeht, indem durch das frühere Urtheil das streitige Rechtsverhältniß ein für allemal geregelt ist, so daß, soweit das Urtheil reicht, nichts Streitiges, Zweifelhaftes, Unentschiedenes mehr vorhanden ist[5]. In dieser endgültigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, in dieser Verwandlung des ungewissen (illiquiden) Rechtsanspruchs in einen gewissen (liquiden) besteht die materielle Rechtskraft[6] des Urtheils (rerum judicatarum auctoritas): die res judicata ist der durch Urtheil definitiv festgestellte Rechtsanspruch, der streitige Anspruch als un-

---

scheidung durch äußere Macht, selbst gegen den Willen der unterliegenden Partei, geboten (actio judicati); der weitere Fortschritt besteht in der Verhinderung der wiederholten Geltendmachung desselben Klageanspruchs, über welchen bereits ein Urtheil gefällt ist (Bis de eadem re ne sit actio); ihre letzte und höchste Ausbildung findet die Einwirkung des richterlichen Urtheils auf das materielle Recht in der Annahme der Congruenz des Richterspruchs mit dem objectiven Sachverhalt (Res judicata pro veritate habetur) und in der Erhebung des Urtheils zur Quelle formellen Rechts unter den Parteien (judex jus ei rei facit). — Über die Geschichte der Rechtskraft im röm. Recht vgl. Keller L. C. und Urtheil §§. 27—30, Savigny VI §§. 281—283, vgl. auch Fr. Pfeiffer in der angef. Abhandl. S. 98 fg.

4a) Inwiefern auch noch im heutigen Recht die Regel, daß eine einmal abgeurtheilte Klage nicht wieder von neuem vorgebracht werden darf (Bis de eadem re ne sit actio), also das Prinzip der Consumtion der Klage durch das Urtheil zur Anwendung kömmt, darüber vgl. folg. §.

5) Ist daher ein Rechtsverhältniß durch richterliches Urtheil einmal festgestellt, so handelt es sich lediglich darum, den Inhalt dieses Urtheils kennen zu lernen und ihn zur Geltung zu bringen l. 1 §. 4 D. de lib. exhib. (43, 30). Pari modo si judicatum fuerit, non esse eum in potestate et si per injuriam judicatum sit, agenti interdicto (sc. de liber. exhib.) objicienda erit exceptio rei judicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate sed an sit judicatum. l. 56 D. de re jud. (42, 1) Post rem judicatam — nihil quaeritur (Diese Stelle spricht aber freilich bloß von der actio judicati, vgl. Fein im civ. Arch. Bd XXVI S. 360. 361 und Pfeiffer a. a. O. S. 115 Note 67) cf. l. 5 §. 2 D. de jurej. (12, 2).

6) Rechtskräftig ist überhaupt dasjenige, was unanfechtbar zu Recht besteht: bei der formellen Rechtskraft steht das Urtheil als solches, der Rechtsspruch seiner Existenz nach (sententia indubitata), bei der materiellen Rechtskraft der Inhalt dieses Spruches fest (res judicata, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit): dort ist die Entscheidung, hier das Entschiedene unangreifbar; vgl. vorherg. § Note 3.

streitiger, das heißt als gerichtlich anerkannter (zuerkannter, zugesprochener[6a]) oder aberkannter (abgesprochener). Das (formell) rechtskräftige Urtheil regelt das Rechtsverhältniß der Parteien in unumstößlicher Weise, indem es fortan unter ihnen als die ihre Rechtsbeziehung unbedingt bestimmende Norm, als Gesetz für dieses concrete Rechtsverhältniß gilt[7]; das Urtheil stellt unter den Parteien formelle (unantastbare) Gewißheit her[7a], indem dasjenige, was es ausspricht, als ausgemachte Wahrheit gilt (res judicata pro veritate accipitur l. 207 D. de R. J. l. 25 D. de stat. hom. 1, 5): in diesem Sinn macht das Urtheil formelles Recht[8], das heißt es

---

6a) Diese Zuerkennung des behaupteten Rechts wird auch öfters „Adjudication" genannt (cf. l. 16 §. 5 D. de pign. 20, 1 und hiezu Keller L. C. und Urtheil §. 72 Note 7 ferner l. 12 pr. D. qui potior. 20, 4), jedoch wird hier dieser Ausdruck im weiteren uneigentlichen Sinn genommen, vgl. vorherg. § Note 15 und Arndts §. 146 Anm.

7) Hierin besteht die Verwandtschaft des rechtskräftigen Urtheils mit dem h. z. T. unpraktischen jusjurandum in jure (vgl. Savigny VI S. 265. 414. 415 VII §. 311, Keller Civilproz. §. 64) und mit dem Vergleich (über dessen Judicatsnatur vgl. insbes. Risch Lehre vom Vergleich §§. 6. 7. 21): in allen diesen Fällen wird der Inhalt der Entscheidung (resp. der Eid, der Vergleich, das Urtheil) zur absolut verbindlichen Norm für das festgestellte Rechtsverhältniß.

7a) Daher ist ein Vergleich nach rechtskräftig entschiedener Sache (post rem judicatam) ungültig (l. 7 §. 1 i. f. D. de transact. 2, 15 l. 32 C. eod. 2, 4 l. 23 §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6), weil der Vergleich ein ungewisses Rechtsverhältniß (res dubia) voraussetzt (§§. 1380. 1381 a. b. G. B. l. 1 D. h. t. 2, 15), und das rechtskräftige Urtheil in Ansehung des bisher streitigen Verhältnisses juristische Gewißheit schafft (vgl. insbes. Risch a. a. O. §. 11 und Vangerow III §. 668): dieß muß auch nach österr. Recht gelten, da es eine Consequenz aus dem Wesen des Vergleichs und des rechtskräftigen Urtheils ist.

8) Der Ausdruck „förmliches Recht, förmliche Wahrheit" stammt her von J. Möser Patriotische Phantasien, neue Ausgabe (1842) Thl. IV Nr. XXX „Von dem wichtigen Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechts" S. 110—114). — Es ist in neuerer Zeit, insbesondere seit Savigny's Vorgang, allgemein üblich geworden, in Ansehung der materiellen Rechtskraft des Urtheils von einer „Fiktion der Wahrheit" zu sprechen, „wodurch das rechtskräftige Urtheil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert werde." Allein diese Bezeichnung ist ganz unpassend, da hier in der That gar nichts „fingirt" wird: was der Richter ausgesprochen hat, gilt als wahr, nicht obgleich das Gegentheil desselben gewiß ist, sondern weil sich die Sache aller Wahrscheinlichkeit nach in der That wirklich so verhält, wenngleich es immerhin möglich ist, daß in dem einen oder andern Fall der Richterspruch nicht das Wahre getroffen habe. Die materielle Rechtskraft des Urtheils beruht nicht auf einer „Fiktion der Wahrheit", sondern darauf, daß der richterliche Ausspruch als ausgemachte und unumstößliche Wahrheit gilt. „Das rechtskräftige Civilurtheil erzeugt formelles Recht, aber nicht in dem Sinn, als wenn es jenseits des Urtheils, im Gegensatz zu demselben, noch ein

stellt einen sicheren, unangreifbaren Rechtszustand zwischen den Parteien, ja unter Umständen unter Allen her (jus facit – inter partes – inter omnes). Dieses formelle Recht, welches das Urtheil begründet, ist nicht Schaffung neuen Rechts, sondern definitive Anerkennung und Feststellung vorhandenen Rechts: das richterliche Urtheil ist nicht constitutiv, sondern deklarativ (l. 35 §. 1 D. de R. V. 6, 1 l. 8 §. 4 D. si serv. vind. 6, 5 Note 9), indem stets anzunehmen ist, daß das concrete Rechtsverhältniß wirklich so beschaffen sei, wie es der Richter im Urtheil ausspricht. Wird daher der Kläger mit seinem Anspruch ganz oder zum Theil abgewiesen, sei es mit Recht oder Unrecht (per injuriam, per errorem), so wird dadurch nicht ein ihm zustehendes Recht genommen, sondern nur definitiv festgestellt, daß ihm das fragliche Recht nicht zustehe; wird das Recht des Klägers anerkannt und der Beklagte, mit Recht oder Unrecht (male) verurtheilt, so wird nicht neues Recht begründet, sondern das betreffende Recht als bereits bestehend und dem Kläger zustehend erkannt[9]: Zusprechen und Absprechen des Rechts ist nicht Rechtsbegründung oder Rechtsaufhebung, sondern rechtswirksame Erklärung des Vorhanden- oder Nichtvorhandenseins eines behaupteten Rechts[10].

---

wirkliches, nur nicht anerkanntes, ein anderes s. g. materielles Recht gäbe .... Der Charakter des formellen Rechts ist, daß es eine definitive Beseitigung des dem Gericht vorgelegten Zweifels über das concrete Recht gewährt" Kierulff I S. 43. 44, Sintenis prakt. Civilr. I §. 34 Note 3. (Ebenso unpassend aber und auf einer Verkennung des Wesens der Rechtsvermuthungen beruhend ist die Annahme, daß für die Wahrheit des Inhalts einer rechtskräftigen Entscheidung eine praesumtio juris et de jure streite, so z. B. der Cod. civ. a. 1350. 1351.)

9) l. 8 §. 4 D. si serv. vindic. (8, 5) Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententian non debet servitus constitui, sed quae est declarari — l. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1) Ubi autem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare, eodem enim errore et de fructibus condemnaturum — l. 25 D. de stat. hom. (1, 5) Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res judicata pro veritate accipitur. l. 1 §. 16 l. 3 pr. D. de agnosc. et alend. (25, 3) — Quae causa si fuerit acta apud judicem et pronuntiaverit ..... in ea causa est, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum ..... sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem jus facere l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30 (Note 5).

10) Gegen diese Auffassung der materiellen Rechtskraft des Urtheils wird öfters

Es ist sonach der positive (materielle) Inhalt des Urtheils, nicht dessen bloße Existenz, das Sosein, nicht das Dasein der Sentenz, worauf es ankommt und wodurch auf die rechtlichen Beziehungen der Parteien eine materielle Wirkung ausgeübt wird. Diese materielle Wirkung des rechtskräftigen Urtheils besteht im Allgemeinen darin, daß das abgeurtheilte Rechtsverhältniß für immer festgestellt ist, indem für dasselbe nunmehr ausschließlich und unbedingt der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils maßgebend ist, dessen Wirksamkeit somit für alle Zukunft gesichert bleibt (rebus judicatis standum est[11]). Jede Partei ist hienach befugt, den materiellen Inhalt des rechtskräftigen Urtheils, welches als absolut verbindliche Rechtsnorm für sie gilt, für sich geltend zu machen, so daß die Erneuerung der prozessualischen Verhandlung über das durch das Urtheil festgestellte Rechtsverhältniß theils abgewiesen werden kann, theils überflüssig wird.

---

verstoßen, indem man dem Urtheil die Wirkung der Begründung oder Aufhebung von Rechten beilegt, während es nur als eine für die Parteien gültige Entscheidung über Dasein oder Nichtdasein und Inhalt des behaupteten Rechts aufzufassen ist, welche freilich in manchen Fällen praktisch zu jenem Resultat führen mag (vgl. Arndts §§. 271. 426 Anm. 3 und Risch Vergleich §. 7 Note 8). Die richtige Ansicht spricht Zeiller II S. 216 vgl. S. 301 und ihm folgend Nippel Erläuter. III S. 354 und Winiwarter II S. 496 aus, während Stubenrauch I S. 807 wieder mit Unrecht hinzufügt, daß „der richterliche Ausspruch dann einen Titel des Eigenthums erzeuge, wenn er irrthümlicher Weise ein nicht bestehendes Eigenthumsrecht formalisire": wenn der Richter mit Unrecht den Kläger als Eigenthümer anerkannt und sohin die Restitution der Sache durch den injuria verurtheilten Eigenthümer stattfindet, so wird dadurch keineswegs wirkliches Eigenthum in der Person des Siegers begründet, cf. l. 8 §. 4 D. cit. 8, 5 l. 35 §. 1 D. cit. 6, 1 (vgl. insbes. Scheurl Beiträge II S. 82 fg. und Pfeiffer a. a. O. S. 121 fg. gegen die Behauptung von Arndts im civ. Arch. Bd XIII S. 283 und Vangerow I §. 320 Anm. 3, daß in Folge des rechtskräftig gewordenen Urtheils im Vindicationsprozeß das Eigenthum des besiegten Beklagten auf den siegenden Kläger in Folge der von jenem geschehenen Restitution übergehe). Von diesem Standpunkt aus erledigt sich auch die unter den gemeinrechtlichen Juristen so lebhaft besprochene Streitfrage (vgl. die Literatur bei Arndts §. 159 Anm. 3), ob und inwiefern das rechtskräftige Urtheil über das Eigenthum im Vindikationsproceß einen Usucapionstitel abzugeben vermöge, in negativer Weise; das Nähere im Sachenrecht.

11) l. 12 §. 3 D. de bon. libert. (38, 2) Si quis, quum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit, exheredatus non esse, non repellitur: rebus enim judicatis standum est. l. 65 §. 2 D. ad Sc. Trebell. (36, 1) Cum praetor cognita causa per errorem vel etiam ambitiose juberet, hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem. l. 56 D. de re jud. (42, 1).

II. Was durch das rechtskräftige Urtheil in Ansehung eines streitigen Rechtsverhältnisses entschieden ist, hat unter den Parteien für die Zukunft als unstreitig zu gelten: es kann von derjenigen Partei, gegen welche entschieden ist, nicht mehr angefochten werden; es braucht von derjenigen Partei, zu deren Gunsten entschieden ist, nicht mehr von neuem bewiesen zu werden. Es fragt sich nun vor Allem, was durch das rechtskräftige Urtheil definitiv festgestellt ist, was der richterliche Ausspruch enthält, was in materielle Rechtskraft erwächst? Es handelt sich somit um eine genauere Bestimmung des Inhalts des rechtskräftigen Urtheils als der Voraussetzung seiner Wirkungen, um die Untersuchung und Angabe des Gegenstands und Umfang's der materiellen Rechtskraft.

Der richterliche Ausspruch (pronuntiatio) enthält die definitive Entscheidung streitiger Rechtsansprüche: res judicata ist der Rechtsanspruch als abgeurtheilter, als endgültig entschiedener[12]. Der Rechtsanspruch ist aber nichts vom Recht verschiedenes, sondern das Recht selbst in bestimmter Gestalt und Richtung (oben §. 108): der Ausspruch über den Rechtsanspruch ist der Ausspruch über das geltend gemachte Recht selbst. Das rechtskräftige Urtheil stellt sonach in definitiver Weise Rechte und Rechtsverhältnisse fest. Wie die Rechte und Rechtsverhältnisse (die Rechtsansprüche) den Gegenstand des Rechtsstreits unter den Parteien ausmachen, so bilden sie auch den Gegenstand der richterlichen Entscheidung. Zwar löst sich der Rechtsstreit unter den Parteien in einen Streit um Thatsachen auf und insofern hat es den Schein, als ob auch das richterliche Urtheil, mittelbar wenigstens, eine definitive Entscheidung über die behaupteten Thatsachen enthielte. Allein wie die Behauptung von Thatsachen nur zum Behuf der Reconstruktion des behaupteten streitigen Rechts stattfindet (oben §. 123), so bildet sich auch der Richter über die Existenz der behaupteten Thatsachen nur zu dem Zweck ein Urtheil, um die ihm gestellte Aufgabe lösen zu können, das heißt um die verlangte Entscheidung über das streitige Recht (den streiti-

12) Res bedeutet ja auf diesem Gebiet überhaupt so viel wie „Anspruch"; res in judicium deducta ist der zum Prozeß gebrachte Anspruch (res de qua agitur), res judicata der abgeurtheilte Anspruch (exceptio rei in judicium deductae — exceptio rei judicatae) vgl. Bekker Die prozess. Consumt. §§. 6. 7 und insbes. S. 323 fg.

gen Rechtsanspruch) zu treffen: die richterliche Entscheidung über die bestrittenen Thatsachen, soweit hierbei überhaupt von einer Entscheidung die Rede sein kann[13], ist nur die Grundlage, auf welcher sich das richterliche Urtheil aufbaut, nicht der Gegenstand und Inhalt desselben. Was durch den Prozeß zur Frage (quaestio), durch das Urtheil zur Entscheidung kommt, sind Rechtsansprüche[14]: die Fragen, auf welche der Richter durch sein Urtheil antwortet, sind nicht Thatfragen, sondern Rechtsfragen, ob jemandem das angesprochene Eigenthumsrecht oder dingliche Recht an einer Sache zustehe, ob jemandem das angesprochene Erbrecht gebühre, ob jemand Gatte, Vater, Sohn sei (quaetio status), ob jemand als Gläubiger zu fordern berechtigt, als Schuldner zu leisten verpflichtet sei[15]. Auch in dieser Beziehung richtet sich der Inhalt

---

13) Wenn im Prozeß eine behauptete Thatsache bestritten wird, so muß der Behauptende sie beweisen: der Richter hat nur zu erkennen, ob dieser Beweis nach den Vorschriften des Prozeßrechts gelungen (erbracht) oder mißlungen sei (vgl. auch §. 172 fg. A. G. O.), um hienach die behauptete Thatsache für wahr anzunehmen oder nicht, und auf diese Annahme hin seine Entscheidung über das streitige Recht zu treffen.

14) „Der Anspruch des Klägers ist es, der mit der Litiscontestation zur Frage (quaestio) und durch das Urtheil zur Entscheidung kommt“ Brinz I S. 153. 154. Darüber daß den Gegenstand der quaestio die Rechtsansprüche bilden, daß also eadem quaestio (dieselbe Rechtsfrage l. 3 l. 7 §. 1. 4 D. de exc. r. j. 44, 2) denselben zur Frage und Entscheidung gebrachten Rechtsanspruch bedeute, vgl. Dernburg in der krit. Zeitschr. II S. 350, Wetzell §. 47 Note 96, vgl. auch Brinz a. a. O. und Bekker S. 272. Eadem quaestio bedeutet sonach so viel wie eadem causa, dieselbe Rechtssache (causa steht denn auch oft für quaestio und umgekehrt z. B. l. 54 D. de jud. 5, 1), und wie eadem res, derselbe Rechtsanspruch (so steht eadem res für eadem quaestio in l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 l. 5 D. h. t. 44, 2): die Identität von eadem res und eadem quaestio ergibt sich insbesondere aus l. 7 §. 1 cit. 44, 2 Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.

15) Quaeritur, an filius sit in potestate (l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30), an exheredatus (l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38, 2), aut indignus sit (l. 8 D. de his quae ut indign. 34, 9), an res mea sit (l. 40 §. 2 D. de proc. 3, 3 l. 30 §. 1 D. de exc. r. j. 44, 2 l. 35 §. 1 D. de R. V. 6, 1 l. 31 D. de pign. 20, 1 l. 6 §. 2 D. de conf. 42, 2 l. 3 §. 3 D. de reb. eor. 27, 9), an jus mihi sit utendi fruendi etc. (l. 8 §. 4 D. si serv. vind. 8, 5 l. 35 D. de A. E. V. 19, 1), an hereditas mea sit (l. 50 §. 1 D. de leg. I l. 15 D. h. t. 44, 2 l. 122 §. 6 D. de V. O. 45, 1 l. 14 § 1 D. de appell. 49, 1), an centum dari oporteat, an ali oporteat u. s. f.: es ergeht daher auch der richterliche Ausspruch (pronunciatio) nur über das Recht (z. B. l. 35 D. cit. 19, 1 — de servitutis jure pronunciatum l. 5 §. 9 D. de agnosc. lib. 25, 3). Selbst in jenen Fällen,

des Urtheils nach dem Inhalt des Petits: wie der Kläger Anerkennung (resp. Realisirung), der Beklagte Aberkennung des streitigen Rechts verlangt, wenn sie gleich zu diesem Zweck Thatsachen behaupten oder in Abrede stellen, so geht auch der richterliche Ausspruch auf das Recht selbst, wenngleich der Richter sich eine feste Ansicht über die Thatsachen gebildet haben muß, auf welchen der Anspruch beruht. Das richterliche Urtheil stellt also nicht die behaupteten Thatsachen, sondern die streitigen Rechtsverhältnisse fest: es kann daher auch nur die richterliche Entscheidung in Ansehung des geltend gemachten Rechtsanspruchs, nicht auch die richterliche Fürwahr- oder Nichtfürwahrannahme streitiger Thatsachen in materielle Rechtskraft erwachsen, da die Rechtskraft nicht weiter reicht, als die richterliche Entscheidung[16]. Wird daher immer-

wo der Ausspruch dahin lautet, daß ein Testament falsch, ungültig, inofficios sei (si testamentum falsum fuerit pronunciatum l. 47 §. 1 D. de manum. test. 40, 4 cf. l. 11 pr. D. h. t. 44, 2. Si ex causa de inofficiosi cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum — l. 8 §. 16 D. de inoff. test. 5, 2 l. 22 §. 1 l. 29 pr. eod. si inofficiosum vel injustum testamentum pronuntietur l. 26 eod.), wird eigentlich über das Erbrecht selbst gesprochen, indem dasselbe hiedurch dem testamentarischen Erben ab- und dem gesetzlichen Erben zugesprochen wird (l. 8 §. 16 cit. 5, 2 — suus heres erit, secundum quem judicatum est. l. 10 pr. eod; man pflegt denn auch bei uns das Petit dahin zu richten: es sei das Testament für ungültig u. s. w. zu halten und es gebühre daher dem Kläger das gesetzliche Erbrecht); deßgleichen ist der Ausspruch an mulier praegnans sit ex marito nec ne nichts anderes als ein Ausspruch darüber, ob das Kind im Mutterleib ein Sohn des Gatten sei oder nicht (l. 1 §. 16 l. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25, 3; der Ausspruch über die Ungültigkeit der Ehe enthält die definitive Feststellung der Gattenqualität, der Ausspruch über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Vertrags den Ausspruch über die Existenz oder Nichtexistenz des betreffenden obligatorischen Verhältnisses u. s. w. — In allen Fällen geht also das Urtheil wie die Klage und das Petit auf Anerkennung resp. Aberkennung eines behaupteten Rechts oder Status (vgl. oben §. 115 II; vgl. §. 15 lit. b §§. 52. 54 J. N. v. 20. Nov. 1852): mit dieser Pronuntiatio über das Recht kann sich aber auch eine Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung verbinden; über deren Wirkung vgl. folg. §.

16) Thatsachen also, welche der Richter in einem früheren Prozeß für wahr angenommen oder nicht angenommen hat, müssen in jedem späteren Prozeß, für den sie relevant sind, von neuem erörtert werden; die Parteien können zwar die alten Beweismittel benützen (vgl. Hofdekret 6. Okt. 1783 lit. c, Wessely I Nr. 256), sie sind aber an dieselben ebensowenig gebunden, wie der jetzige Richter an die Fürwahr- oder Nichtfürwahrannahme der fraglichen Thatsache in dem frühern Prozeß (vgl. §. 104 A. G. O. §. 104 prov. C. P. O.). Die in neuerer Zeit von manchen Schriftstellern (z. B. Keller L. C. und Urtheil S. 280 fg., Wächter Hdb. S. 563, Savigny VI S. 452 fg., Vangerow I S. 316 lit. e, Windscheid Die Actio S. 101 fg. 118, Heimbach S. 828. 837 fg.) aufgestellte Behauptung,

hin dieselbe juristische Thatsache, auf welche ein bereits rechtskräftig entschiedener Anspruch gestützt wurde, einem andern Anspruch behufs dessen Geltendmachung zu Grunde gelegt, so ist über diesen Anspruch von neuem zu entscheiden: er kann wirksam geltend gemacht werden, obgleich der frühere Anspruch rechtskräftig abgewiesen wurde [17], und er muß von neuem bewiesen werden, obgleich der frühere Anspruch rechtskräftig anerkannt wurde [17a].

Sind es nun Rechtsansprüche, über welche der Richter durch

---

daß auch die bestrittenen Thatsachen durch das richterliche Urtheil definitiv festgestellt würden, daß also der Begriff der materiellen Rechtskraft auch auf die richterliche Fürwahr- oder Nichtfürwahrannahme von Thatsachen anwendbar sei, ist aus der unrichtigen Auffassung des Ausdrucks eadem quaestio (Note 14) hervorgegangen; vgl. dagegen auch Pfeiffer a. a. O. S. 263, Wetzell II S. 439. 440 und besonders Buchka Einfl. I S. 312 fg. II S. 208. 209. Mit Unrecht hat man sich für die hier bekämpfte Behauptung auf die Verwandtschaft des rechtskräftigen Urtheils mit dem jusjurandum in jure berufen (l. 13 §. 2 l. 28 §. 6 D. de jurejur. 12, 2). Der Eid konnte auf Thatsachen oder auf Rechtsverhältnisse gestellt werden; war er auf Thatsachen gestellt, so mußte freilich die beschworene Thatsache hiemit ein für allemal festgestellt sein; ging er aber gleich dem Urtheil (welches doch nicht darauf lautet: Nm. Nm. furtum non fecisse, non rapuisse, arbores non succidisse) auf Rechtsverhältnisse, so war hiedurch über die Thatsachen selbst nicht definitiv entschieden und es stand einer anderen auf dieselbe Thatsache gestützten, aber auf einen anderen (juristischen) Gegenstand gerichteten Klage der früher abgeschworene Eid nicht entgegen (arg. l. 13 §. 2 cit. videtur de toto jurasse), so daß gerade die Analogie des Urtheils mit dem Eid geeignet ist, die hier vertretene Ansicht zu unterstützen (vgl. auch Kierulff I S. 268, Buchka Einfl. I S. 314, Wetzell §. 47 Note 98). — Während der Civilrichter über streitige Rechtsverhältnisse entscheidet, enthält das strafgerichtliche Urtheil einen Ausspruch über die strafbare Handlung, also über die Thatsachen selbst (z. B. ob jemand gestohlen hat): auf die interessante Frage, inwieweit der Civilrichter an den Ausspruch des Strafrichters, und umgekehrt dieser an das civilgerichtliche Erkenntniß gebunden sei, einzugehen, ist hier nicht der Ort (vgl. Hofdekret 9. Juni 1835, Wessely I Nr 39, vgl. auch Hofdekret 6. März 1821, Wessely I Nr. 34, §. 2 lit. b prov. C. P. O., §. 4 Strafproz.).

17) So z. B. entspringt nach röm. Recht aus demselben Diebstahl die actio furti und die condictio furtiva: dennoch ist die rechtskräftige Abweisung der einen Klage auf die andere ohne Einfluß, so daß dieser zweiten Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegensteht (wie Savigny VI S. 452. 453 und die anderen Note 16 angeführten Schriftsteller annehmen), und zwar um so weniger, als ja der Richter in dem früheren Erkenntniß nicht die Überzeugung ausspricht, daß der Diebstahl nicht geschehen sei, sondern nur den Klaganspruch verneint, weil er nicht davon überzeugt ist, daß der Diebstahl geschehen sei (§. 104 A. G. O. §. 104 prov. C. P. O.), vgl. Buchka I S. 313 und unten Note 62. Ebensowenig kann sich der siegreiche Kläger zur Begründung seiner actio furti oder condictio furtiva darauf stützen, daß er mit der anderen Klage früher durchdrungen sei.

17a) Vgl. Buchka I S. 313.

das Urtheil in endgültiger Weise entscheidet, so fragt es sich weiter, **welche** Rechtsansprüche durch das Urtheil definitiv festgestellt werden? Soweit die Entscheidung reicht, so weit reicht die Rechtskraft: es handelt sich also darum, über welche streitigen Rechtsansprüche die richterliche Entscheidung ergeht.

Was zunächst die Rechtsansprüche des **Klägers** betrifft, so versteht es sich von selbst, daß das der Klage zu Grunde liegende, mit ihr und durch sie geltend gemachte Recht, also der Klaganspruch selbst den Gegenstand der richterlichen Entscheidung bildet. In vielen Fällen hat aber das in den Prozeß gebrachte Recht andere Rechte zu seiner Voraussetzung, so daß diese Rechte und Rechtsverhältnisse die Grundlage und Bedingung der Existenz des Klagerechts bilden. In diesem bedingenden Verhältniß steht z. B. die Verwandtschaft (insbesondere die uneheliche Vaterschaft) zur Alimentationspflicht und ebenso zum gesetzlichen Erbrecht, die Capitalforderung zur Zinsforderung, die persönliche Forderung zum Pfandrecht (vgl. Bd I §. 66), das Eigenthumsrecht zur Prädialservitut, das Miteigenthum zum Anspruch auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache (zur actio communi dividundo), das Erbrecht zum Anspruch auf Theilung der Erbschaft (zur Erbtheilungsklage) u. s. f. Die Frage, ob das bedingende Rechtsverhältniß oder Recht existirt, erscheint in dem Prozeß über das bedingte Recht als die **Vorfrage**, welche bei dieser Gelegenheit (incidenter) streitig und der Entscheidung bedürftig werden mag (Incidentfragen, Präjudicialfragen). Um über das Klagerecht zu erkennen, muß sich der Richter in diesen Fällen vorerst über die **Präjudicialpunkte** (Legitimationspunkte) eine bestimmte Ansicht bilden, also darüber entscheiden, ob die bedingenden Rechte vorhanden sind oder nicht, da ihre Existenz maßgebend (präjudiciell) ist für das von ihnen abhängige Recht. Es fragt sich nun, ob nicht bloß die richterliche Entscheidung über das Klagerecht (das bedingte Recht), sondern ob auch die Entscheidung über die **Präjudicialpunkte** (die bedingenden Rechtsverhältnisse und Rechte) in Rechtskraft erwachse? Diese (in neuerer Zeit vielbesprochene) Frage ist zu **verneinen**[18]. Zwar hat es den Schein, als

18) Vgl. insbesondere **Buchka** I S. 300—312, der (gleich **Kierulff** I S. 250 fg.) für das römische Recht die richtige Ansicht vertheidigt, während er

müßte mit der Entscheidung über das Klagerecht zugleich die Entscheidung über die Vorfragen in Rechtskraft erwachsen, da der Richter den Prozeß gar nicht entscheiden kann, ohne über die unter den Parteien streitig gewordenen Präjudicialpunkte geurtheilt zu haben. Allein auch hier ist zu berücksichtigen, daß sich der Richter über die streitigen Vorfragen nicht um ihrer selbst willen, sondern bloß zu dem Zweck, um die von ihm über das Klagerecht (das bedingte Recht verlangte Entscheidung treffen zu können, eine bestimmte Ansicht bildet, welche daher auch bloß in den Grenzen dieses Prozesses, für die Entscheidung über die Hauptsache Bedeutung haben kann: wie diese Fragen Vorfragen sind, so sind auch diese Entscheidungen nur Vorentscheidungen, welche die Grundlagen bilden, auf denen sich das richterliche Urtheil aufbaut, welches über das Klagerecht, nicht über dessen Voraussetzungen einen Ausspruch (pronuntiatio enthält [19]. Auch in dieser Beziehung bestimmt sich der Inhalt des

---

für das heutige Recht die Rechtskraft der Entscheidung über die Präjudicialpunkte behauptet (Note 21); ferner Bekker die prozeß. Consumt. §§. 15. 18. 19, Dernburg in der heidelb. krit. Zeitschr. II S. 347 fg., Brinz I S. 153 fg., Pfeiffer in der angef. Abhandl. S. 261 fg , Wetzell II S. 437 fg.; für das preuß. Recht wird die richtige Ansicht vertheidigt von Koch I §. 199.

19) Dieß ist bestimmt ausgesprochen in l. 1 C. de ordin. judic. (3, 8) Adite praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat. Es ist hierin anerkannt, daß der Richter zwar die Incidentfragen zu untersuchen hat, daß aber das richterliche Urtheil keinen Ausspruch (pronunciatio) über diese Fragen enthält, welche daher auch nicht rechtskräftig entschieden (erledigt) sein können; vgl. Planck Mehrheit der Rechtsstreit. §. 7 S. 57 fg., Buchka I S. 301—303. Dasselbe gilt von der l. 3 C. de judic. (3, 1) Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio (sc. bonorum Planck S. 62, nicht status, wie Savigny §. 298 Note w annimmt) terminetur. (Das Gewicht dieser Stellen hat Savigny S. 440 fg. vergeblich zu entkräften gesucht; seine Erklärung, gegen welche auch Windscheid Die Actio S. 90 Bedenken erhebt, wonach es darauf hinauskommen soll, „daß das Urtheil wörtlich immer nur auf das Erbrecht gerichtet sei", ist sicher unbefriedigend; denn nicht darum kann es sich handeln, ob der Richter wörtlich oder tacite über die causa status spricht, sondern darüber, ob er über diese Frage überhaupt rechtskräftig entscheiden kann; wenn nun in dieser Stelle ein Richter, der nicht competent wäre, über die causa status, als Gegenstand einer selbständigen Klage,

Urtheils nach der Klage und dem Petit: der Anspruch, der den Gegenstand der Klage und des Streites bildet (res de qua agitur) und im Petit formulirt ist, nur dieser Anspruch bildet den Gegenstand der Entscheidung: nur die res, welche in judicium deducta ist, wird durch das Urtheil zur res judicata[20]. Die Ansicht, wonach

zu entscheiden, für competent erklärt wird diese Frage als Vorfrage zu untersuchen, so kann der Grund nur darin liegen, daß im letzteren Fall seine Entscheidung über den status nicht rechtskräftig wird; vgl. Planck S. 60 fg.) Ebenso sagen die Quellen, daß bei einem Streit über Alimente auf Grund der Verwandtschaft oder des Patronats nur das Urtheil über den Alimentationsanspruch, nicht auch die Entscheidung jener Vorfrage in Rechtskraft erwachse l. 5 §§. 8. 9. 18 D. de agnosc. lib. (25, 3) l. 10 D. de his qui sui (1, 6) vgl. Buchka I S. 304—307. (Auch hier ist Savigny's S. 437. 438 und Windscheid's S. 89. 90 Erklärung m. E. unbefriedigend; selbst zugegeben, daß das summatim in jenen Stellen die bloße Bescheinigung im summarischen Prozeß bedeute — vgl. jedoch jetzt gegen diese Annahme die überzeugenden Ausführungen von Briegleb Einleitung in die Theorie der summar. Prozesse 1859 S. 245 fg. 396 fg. 420 fg. —, so müßte der Grund, warum die Entscheidung über die Vaterschaft nicht in Rechtskraft erwächst, doch gerade darin liegen, daß diese Frage im Alimentationsprozeß zwar entschieden, aber nur summarisch untersucht worden sei: dagegen geben die Quellen vielmehr als Grund an, daß das richterliche Urtheil im Alimentationsprozeß über die Verwandtschaft überhaupt nicht entscheidet: non enim hoc pronuntiatur filium esse, sed ali debere l. 5 §. 9 cit. Unhaltbar ist die Berufung Windscheid's S. 90 auf die Verhandlung des Alimentenstreites extra ordinem; vgl. Savigny §. 282 Note f §. 284 Note d, Keller Civilpr. Note 974.) Vgl. ferner l. 15 §. 4 D. de re jud. 42, 1 (worin anerkannt ist, daß im Streit über die Gültigkeit der Abpfändung zwar die Untersuchung, nicht aber die rechtskräftige Entscheidung auf das Eigenthumsrecht gerichtet ist); ferner l. 17 D. de exc. 44, 1 (Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio sc. rei judicatae) und l. 23 D. h. t. 44, 2 (Si in judicio actum sit, usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei judicatae exceptio circa sortis petitionem: quia enim non competit nec opposita nocet vgl. Planck §. 28 Note 7, Buchka I S. 303. 307 fg.), Stellen, die sich aber freilich auch leicht in einer Weise erklären lassen, wonach sie kein Argument gegen die Rechtskraft der Entscheidung über die Präjudicialpunkte enthalten (vgl. Keller L. C. und Urth. S. 536 fg., Savigny §. 298 Note l §. 299 Note r und S. 438 fg., Windscheid S. 91).

20) In diesem Sinn bestimmt auch die Resol. v. 14. Juni 1784 lit. c (Wessely I Nr. 783): „Deßgleichen soll das Urtheil ..... sich in dem Theile, der den Ausspruch enthält, nie in allgemeinen Ausdrücken (als z. B. Beklagter sei von des Klägers Klage ledig oder müßig, Kläger habe seine Klage erstanden u. dgl.) auf die Klage beziehen, sondern den Gegenstand des Streites und die in der Klage bestimmt angeführte Bitte dermaßen enthalten, damit man aus dem Urtheil selbst genau wisse, was denn für ein Recht zu- oder aberkannt worden sei.“ Hieraus geht hervor, daß das Urtheil nur über das Klagerecht selbst einen Ausspruch enthält.

die Entscheidung über alle Incidentfragen in Rechtskraft erwachsen soll[21], enthält den inneren Widerspruch, daß Fragen, welche nicht an und für sich, sondern nur gelegentlich und mit Rücksicht auf eine andere Frage zur Sprache gebracht worden sind, abgelöst von dieser Beziehung, gleich selbständigen Gegenständen eines Rechtsstreits erledigt sein sollen, daß also über relativ aufgeworfene Fragen absolut entschieden würde, während doch die juristische Consequenz verlangt, daß dasjenige, worüber nur incidenter (beiläufig) gestritten wird, auch nur incidenter (nebenher, gelegentlich, nur für diesen Zweck), nicht principaliter (definitiv, ein für allemal), entschieden werde. Jene Ansicht führt aber auch weit über die Aufgabe des einzelnen Prozesses und über die Absicht der Parteien hinaus, welche den Gegenstand ihres Streites im Petit ausgedrückt und begrenzt haben, und in diesem Prozeß nur über diesen Streitgegenstand eine richterliche Entscheidung erwarten[21a]. — Es geht

21) Diese Ansicht wird für das römische und heutige Recht vertheidigt insbesondere von Savigny VI §§. 294. 298 und Windscheid Die Actio S. 87—104 (auch von Dworzak Krit. Übersch. V S. 20 fg. und Heimbach S. 844 fg.); für das heutige Recht von Buchka II S. 184—192 (indem er, um die angebliche Umwandlung der Grundsätze des röm. Rechts in diesem Punkt darzuthun, sich theils auf den veränderten Charakter des Prozesses, theils auf unbeweisende Stellen des canon. Rechts — c. 5 X qui filii sint 4, 17 c. 3 X de ord. cogn. 2, 10 — beruft; vgl. dagegen Wetzell II §. 47 Note 98). Über die exceptio praejudicialis, womit der Beklagte Aussetzung des Streits verlangen kann, bis über eine andere Streitsache entschieden sein werde (l. 13 l. 16 l. 18 D. de except. 44, 1 l. 7 §. 1 D. de H. P. l. 1 §. 1 D. fam. hercisc. 10, 2), worin man häufig (vgl. z. B. Savigny S. 435 fg.), aber mit Unrecht, einen Beleg für die rechtskräftige Entscheidung des Legitimationspunktes finden will, vgl. die treffliche Untersuchung von Planck Mehrh. der Rechtsstreit. S. 176 fg. 200 fg. 206 fg. (über die s. g. Präjudicialeinwendungen vgl. für das heutige gemeine Recht Planck §§. 56—63, für das österr. Recht Fischer Hdb. §§. 84. 85, welcher jedoch das „Präjudiz" damit charakterisirt, daß „der Richter seinem Erkenntniß in der Hauptsache durch die Entscheidung in dem Nebenstreit vorgreifen müßte": was ist aber unter Vorgreifen zu verstehen und was wären die Wirkungen desselben?). Die Mehrzahl der heutigen gemeinrechtlichen Schriftsteller ist der hier bekämpften Ansicht (vgl. Vangerow I S. 317. 318, Windscheid S. 88); die österr. Schriftsteller sprechen sich über diese Frage nicht aus, wie denn überhaupt eine unpassende Darstellung der Wirkungen der res judicata bei ihnen vermißt wird.

21a) Das Urtheil kann nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Lauf des Prozesses wohl gar nicht bewußt werden sind (vgl. Pfeiffer S. 264. 265, Wetzell II S. 422); l. 20 D. h. t. (44, 2) — nec obstaturam exceptionem (rei judicatae, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec judex in

somit nur dasjenige in Rechtskraft über, was der Richter über den ihm unmittelbar zur Entscheidung vorgelegten Streitgegenstand ausspricht: den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits aber bildet der Gegenstand der Klage, und diesen wieder das mit der Klage in Anspruch genommene Recht (das Klagerecht, oben §. 115 Nr. I). Wie nun in den angeführten Fällen der Rechtsstreit nur ein Streit um Alimente, um Zinsen, um das Servitut-Pfand- oder Erbrecht, um die Verbindlichkeit zur Theilung u. s. f. ist, so betrifft auch der richterliche Ausspruch nur diese Fragen und geht daher auch nur in Ansehung dieser Punkte in Rechtskraft über[22]. Ist also der

---

judicio sensisset. Man nehme z. B. an, A klagt mit der actio confessoria wider B und behauptet das Eigenthumsrecht an der herrschenden Sache; B (der vielleicht die Absicht hat, später wegen dieser Sache mit der rei vindicatio gegen A aufzutreten) läßt sich contumaciren: nun erfährt er hinterdrein, daß nicht bloß über die Servitut, sondern auch über das Eigenthumsrecht bereits rechtskräftig entschieden sei! Oder ein Erbe, der auf einen geringen Zinsenbetrag geklagt ist, läßt sich ohne Einwendung verurtheilen: nun hört er, daß auch seine Verpflichtung zur Zahlung des Capitals rechtskräftig feststehe!

22) Anders verhält sich natürlich die Sache, wenn der Kläger das bedingende und das bedingte Recht zugleich zum Gegenstand seiner Klage gemacht hat, in welchem Fall ein zusammengesetzter Rechtsstreit, also eine Klagencumulirung vorhanden ist: in diesem Fall kann das richterliche Urtheil über beide Punkte zugleich ergehen und sie beide rechtskräftig feststellen. Die Frage, ob eine solche Verbindung zweier Rechtsstreite zuläſsig sei, hängt davon ab, in welchem Umfang man die Zuläſsigkeit von s. g. Anerkennungsklagen (oben §. 115 II 2) einräumt und in welchen Fällen die Cumulation von Klagen gestattet ist. Ein unbestrittener Fall dieser Art ist die Verbindung der Paternitätsklage mit der Klage auf die Alimente (vgl. oben §. 115 Note 16): Kläger klagt 1) auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, 2) auf Alimente; hier entscheidet der Richter über beide Ansprüche und stellt nicht nur die Verpflichtung zur Bezahlung von Alimenten, sondern auch das Vaterverhältniß definitiv fest. In gleicher Weise stellt man bei uns das Petit bei der Erscindirungsklage 1) auf Anerkennung des Eigenthumsrechts, 2) auf Ausscheidung der betreffenden Effekten aus der Pfändung, und provocirt dadurch einen rechtskräftigen Spruch des Richters auch über das Eigenthumsrecht. (Nach röm. Recht erstreckt sich in diesem Fall in passenderer Weise der Spruch des Exekutionsrichters nur darauf, ob die abgepfändete Sache demittenda sei, also bloß auf die Gültigkeit des pignus in causa judicati captum, so daß die eigentliche Entscheidung des Eigenthumsstreits jure ordinario gar nicht berührt wird: sic eveniet, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat l. 15 §. 4 D. de re jud. 42, 1 vgl. Planck S. 63 und oben §. 115 Note 13.) Ebenso verhält es sich öfters bei der Justificirungsklage wegen einer Pfandrechtspränotation (oben §. 115 Note 20); der Kläger petirt: 1) die pränotirte Forderung sei für liquid zu halten, 2) die Pränotation sei für gerechtfertigt zu halten. In gleicher Weise kann aber wohl auch der Kläger, der auf die Zinsen klagt, zugleich darauf klagen, daß die Verpflichtung des Schuldners zur Bezahlung

40 *

Kläger mit seinem Anspruch auf das bedingte Recht deßhalb rechtskräftig abgewiesen worden, weil der Richter das bedingende Recht als nicht vorhanden angenommen hat, so kann er doch immerhin noch eine selbständige Klage auf das bedingende Recht anstellen, ohne daß ihm die exceptio rei judicatae entgegenstünde; und ebenso muß er das bedingende Recht von neuem darthun, wenn er auf dasselbe selbständig klagt, mag ihm gleich der Richter in einem früheren Prozeß das bedingte Recht auf Grund jenes als vorhanden angenommenen Rechts zugesprochen haben[23].

Es können aber auch Ansprüche des **Beklagten** im Prozeß zur Verhandlung und richterlichen Untersuchung kommen, theils **in und mit** dem Anspruch des Klägers, theils **neben** demselben. Es fragt sich nun, ob die richterliche Entscheidung über diese Ansprüche des Beklagten gleichfalls in Rechtskraft erwachse? Den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits und des Urtheils bildet der klägerische Anspruch: darüber, ob das intendirte Recht dem Kläger zustehe oder

---

der Capitalssumme anerkannt und festgestellt werde; der Kläger, der auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache oder Erbschaft klagt, kann zugleich verlangen, daß auch über sein Miteigenthums- oder Miterbrecht erkannt werde (vgl. **Puchta** Gerichtl. Klagen §. 140; mit Unrecht läugnet **Fischer** Hdb. S. 134. 135 für das österr. Recht die Zulässigkeit der Cumulation in diesem Fall) u. s. f. Gibt man dieß zu, so ist für das praktische Bedürfniß in ausreichender Weise gesorgt. Es ist jedoch nothwendig, daß der Kläger ausdrücklich sein Petit auf Beides, auf das bedingte und auf das bedingende Recht, stelle, damit der Richter berechtigt resp. verpflichtet sei, über beide Punkte rechtskräftig zu entscheiden, und insbesondere das bedingende Recht definitiv zuzuerkennen vermöge, obgleich er vielleicht das bedingte Recht als nicht vorhanden annimmt (z. B. den Beklagten als Vater anerkennen, obgleich er ihn von der Alimentationspflicht freispricht, etwa aus dem Grunde, weil Kläger nicht den erforderlichen Beweis über die Vermögensverhältnisse des Beklagten geführt hat, ein Beweis, der unzweifelhaft demjenigen, der Alimente fordert, obliegt).

23) War daher z. B. die Klage bloß auf Zinsenzahlung gerichtet, so steht der Klage auf das Capital die exceptio rei judicatae nicht entgegen, obgleich der Richter in dem ersten Prozeß den Kläger aus dem Grunde abgewiesen hat, weil er annahm, es sei keine Capitalschuld vorhanden; und ebensowenig kann der Kläger seine Capitalsklage auf das günstige Urtheil über die früher angestellte Zinsenklage stützen, vgl. **Pfeiffer** S. 264 Note 49, **Wetzell** II §. 47 Note 97, **Koch** I §. 199 Note 8, **Förster** Klage und Einrede S. 196. 201; a. A. **Arnold** S. 283 fg., **Stabel** Vortr. über den bürgerl. Prozeß (1845) S. 50. 51, **Vangerow** I S. 320. 321, **Buchka** II S. 184 fg. für das heutige Recht, **Savigny** S. 451. 452 u. A. (Aus §. 15 lit. a J. M. v. 20. Nov. 1852 wird sich ein entscheidendes Argument gegen die hier vertretene Ansicht kaum mit Sicherheit ableiten lassen.)

nicht, zu entscheiden, ist der Richter berufen[24]. Wenn der Beklagte seinerseits Ansprüche erhebt und Rechte geltend macht, so geschieht dieß bloß zu dem Zweck, um das Klagbegehren zu elidiren: es hat daher auch der Richter bloß in dieser Tendenz, um die geforderte Entscheidung über das Klagerecht abgeben zu können, die Ansprüche des Beklagten zu untersuchen. Was der Richter durch sein Urtheil feststellt, ist das vom Kläger geltend gemachte Rechtsverhältniß, nur über dieses Recht (das Klagerecht) fällt er seinen Ausspruch, wenn er gleich, um ihn zu fällen, die Einwendungen des Beklagten zu prüfen hat. Einen rechtskräftigen Ausspruch über die Ansprüche des Beklagten wird daher das richterliche Urtheil nur insofern enthalten, als der Ausspruch über das Klagerecht mit innerer Nothwendigkeit zugleich einen Ausspruch über das Recht des Beklagten involvirt. Dieß findet vor Allem statt, wenn in und mit dem Recht des Klägers zugleich über das Recht des Beklagten implicite mitentschieden ist. So bei Rechten, welche nur dem Einen oder dem Anderen zustehen können: hier liegt in der Anerkennung des exclusiven Rechts in der Person des Klägers zugleich mit logischer Nothwendigkeit eine Aberkennung desselben Rechts in der Person des Beklagten. Der dem Kläger günstige Ausspruch (z. B. es gebühre ihm das Alleineigenthum oder das Alleinerbrecht[24a]) enthält implicite zugleich einen Ausspruch darüber, daß eben dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe (Eigenthum in der Person des A involvirt nothwendig Nichteigenthum des B: quia quod meum est alterius non est l. 30 §. 1 D.

---

24) Die Prozeßordnungen (§. 248 A. G. O. §. 296 Nr. 3 prov. C. P. O.) schreiben vor, daß „der Gegenstand, worüber der Streit geführt worden, in dem Urtheil auf eine genaue und deutlich bestimmte Art ausgedrückt werde": daß diesen Gegenstand (peto) das Klagrecht und nur dieses bilde, kann nicht bezweifelt werden (vgl. auch Hofdekret 2. Dez. 1797 Wessely I Nr. 784).

24a) Auch in Ansehung von Forderungsrechten kann sich dieß ereignen, wenn nemlich ein Streit unter mehreren Prätendenten desselben Obligationsrechts geführt wird (vgl. Unger Inhaberpap. §. 21): der Ausspruch, daß A Gläubiger sei, involvirt nothwendig, daß dem B diese Forderung nicht zustehe. Ebenso involvirt der Ausspruch, daß dem Eigenthümer A das jus prohibendi (vgl. Note 37) zustehe, den Ausspruch, daß dem B die fragliche Servitut nicht zustehe, und in dem Ausspruch, daß dem confessorischen Kläger die behauptete Servitut zustehe, ist nothwendig zugleich ein Absprechen des jus prohibendi für den beklagten Eigenthümer enthalten; es schlägt daher der Sieger mit der actio negatoria die spätere actio confessoria mit der exceptio rei judicatae zurück und umgekehrt.

h. t. 44, 2): der wahre volle (explicirte) Inhalt eines solchen Urtheils enthält ein Doppeltes, eine Anerkennung des Rechts in der Person des Klägers und eine Aberkennung desselben Rechts in der Person des Beklagten. Tritt nun der früher Beklagte späterhin auf und macht jenes Recht mittelst Klage gegen den früheren Kläger geltend, so steht dem jetzigen Beklagten die exceptio rei judicatae zu, da über das intendirte Recht des jetzigen Klägers bereits durch das frühere Urtheil rechtskräftig und zwar in negativem Sinn entschieden ist (l. 30 §. 1 D. h. t. 44, 2 Si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem, quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. l. 40 §. 2 D. de procur. 3, 3 — Quid si in hoc judicio rem meam esse pronuntietur, reversus ille — qui victus esset a me vindicaret, exceptione rei judicatae summoveretur — nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse. l. 15 D. h. t. 44, 2 Quod si post rem judicatam a me petere coeperis sc. hereditatem, interest utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra: si meam esse nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse —[25].

25) Vgl. hierüber Keller L. C. und Urtheil §. 28. Bekker S. 127 fg., der auch in diesem Fall die Consumtionstheorie durchführen will, behauptet, daß auch hier die exceptio rei judicatae nur in ihrer negativen Funktion wirke (vgl. Note 58), mit welcher geltend gemacht wird, daß, nicht was, geurtheilt wurde. Allein diese Behauptung ist wohl unrichtig (vgl. dagegen auch Wetzell §. 47 Note 87: wie soll hier die Regel bis de eadem re ne sit actio zur Anwendung kommen können, da der Restitutionsanspruch des Beklagten, der consumirt werden soll, noch gar nicht existirt: es gäbe hienach eine Consumtion, bevor noch das Recht die Gestalt des consumirbaren Anspruchs angenommen hat, also Consumtion einer res, die nicht bloß noch nicht klagbar, sondern überhaupt noch gar nicht verhanden ist! (vgl. dagegen auch Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. S. 350 fg. und Keller Civilproz. 2. Aufl. S. 297). Aber auch die Ansicht Dernburg's (und Windscheid's Die Actio S. 84. 85), daß in jenen Stellen die exceptio rei judicatae in negativer Funktion zu denken sei, indem der fernere Anspruch des Beklagten deßwegen ausgeschlossen werde, weil über ihn bereits einmal geurtheilt worden sei, ist wohl unhaltbar: nicht in dem Urtheil über das Eigenthum des A liegt ein Urtheil über das des B, sondern in der Anerkennung des Eigenthums des A liegt nothwendig zugleich die Aberkennung desselben in der Person des B (quia in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est l. 30 §. 1 D. h. t.): es kommt also auf den Inhalt, nicht auf das bloße Dasein eines

Anders verhält es sich, wenn der Richter dem Kläger das ausschließliche Recht deßhalb aberkennt, weil er es in der Person des Beklagten begründet findet; hier bildet den Inhalt des richterlichen Urtheils immer nur der Ausspruch, daß dem Kläger das intendirte Recht nicht zustehe: daß das dem Kläger aberkannte Recht dem Beklagten zustehe, ist nur der Grund der richterlichen Sentenz, nicht ihr Inhalt[25a]. Die Aberkennung des Rechts in der Person des Klägers involvirt durchaus nicht eine Anerkennung desselben Rechts in der Person des Beklagten: der Satz, daß A nicht Eigenthümer (Erbe) sei, enthält über das Eigenthumsrecht (Erbrecht) des B nicht die mindeste Bestimmung (l. 15 D. cit. — Si vero meam non esse sc. hereditatem pronuntiatum est, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua l. 30 §. 1 D. cit. — Quod si possessor absolutus amissa possessione eundem sc. fundum ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesse ei exceptionem, nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videtur). Aus der Abweisung des Klägers kann somit eine Berechtigung des Beklagten nicht gefolgert werden und dieser ist daher, weil ihm das Recht noch nicht direkt zugesprochen wurde, in einer späteren Klageführung des Beweises seines Rechts nicht überhoben, ob er gleich in diesem neuen Prozeß materiell denselben Beweis führen kann, mit dem er im früheren Prozeß die Klage elidirt hatte[26]. — Wird über das stärkere oder relativ bessere

---

Urtheils über das Eigenthumsrecht des A an (vgl. auch Dworzak in der krit. Übersch. V S. 19. 20), wie dieß auch aus der Fassung hervorgeht, welche in diesem Fall der except. r. j. wohl gegeben wurde (si secundum me judicatum non est cf. l. 9 §. 1 D. h. t. 44, 2 l. 16 §. 5 D. de pign. 20, 1).

25a) Der Richter ist nur berufen, über den Eigenthumsanspruch des Klägers zu erkennen: findet er z. B. die s. g. exceptio recentioris dominii des Beklagten gegründet, so stellt er fest, daß Kläger nicht Eigenthümer sei, ohne auszusprechen, daß Beklagter Eigenthümer sei; er spricht dem Kläger das intendirte Recht ab, ohne es dem Beklagten zuzusprechen, wenngleich jene Abweisung die Folge seiner Überzeugung sein mag, daß der Beklagte in neuerer Zeit das Eigenthum erworben habe. Dem Beklagten ist es nur darum zu thun, das Eigenthum des Klägers zu negiren, zu bewirken, daß der Richter dem Kläger das intendirte Eigenthumsrecht nicht zuerkenne: für diesen Zweck ist es auch vollkommen gleichgültig, ob der Beklagte sein Eigenthum an der Sache oder das eines Andern nachweist. Durch das richterliche abweisende Urtheil wird also immer nur dem Kläger das Recht abgesprochen, ohne daß es dem Beklagten zugesprochen wird.

26) Vgl. Kierulff I S. 304 in der Note, Pfeiffer S. 268. 269, Wetzell

Recht gestritten, so liegt in der Anerkennung desselben in der Person des Klägers nothwendig zugleich der Ausspruch, daß das behauptete[27] Recht des Beklagten gar nicht vorhanden oder doch schwächer sei; dagegen liegt in der Abweisung des Klägers nicht zugleich der Ausspruch, daß der Beklagte das Recht und zwar das bessere oder stärkere habe. Tritt also z. B. der Kläger mit der actio Publiciana auf (§. 372 fg. a. b. G. B.) und siegt er, obgleich der Beklagte die exceptio dominii (l. 16. 17 D. de publ. act. 6, 2 vgl. §§. 372. 373 a. b. G. B.) vorgeschützt hat, so liegt in dem verurtheilenden Erkenntniß nothwendig zugleich der definitive Ausspruch, daß der Beklagte nicht Eigenthümer sei, so daß hiemit in rechtskräftiger Weise über das Eigenthumsrecht des Beklagten entschieden ist, und dessen späterer Eigenthumsklage gegen den früheren Sieger mit der Publiciana die exceptio rei judicatae entgegensteht (eadem enim quaestio in judicium revocatur[28]). Findet dagegen der Richter, daß die exceptio dominii des Beklagten begründet sei, so weist er den publicianischen Kläger zwar aus diesem Grunde ab, ohne jedoch den Aus-

S. 435. 437. — Savigny VI S. 362 fg. entscheidet diese Fälle in entgegengesetzter Weise, da er die s. g. Rechtskraft der Entscheidungsgründe in sehr weitem Umfang annimmt.

27) Die Voraussetzung ist also, daß der Beklagte ein eigenes und besseres Recht behauptet und dadurch die Priorität mit in den Streit hineinzieht: hat er dieß unterlassen, so wird, den Sieg des Klägers vorausgesetzt, nur das Recht des Klägers, nicht dessen besseres und stärkeres Recht anerkannt, und der nachfolgenden Klage des jetzigen Beklagten aus seinem eigenen besseren Recht steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen, weil dieses Recht eben noch nicht in Frage und Untersuchung gekommen ist. l. 30 §. 1 D. h. t. (44, 2) — Cum autem pigneraticia (in rem) actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de jure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione (sc. rei) utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri; et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. cf. l. 19 eod. vgl. Keller L. C. und Urtheil S. 229.

28) arg. l. 24 D. h. t. (44, 2). Indem der Richter dem publicianischen Kläger trotz der Einrede, si ea res possessoris non sit, die Sache zuspricht, liegt hierin mit logischer Nothwendigkeit der Ausspruch, eam rem possessoris non esse. Nimmt man dieß nicht an, so stünde es dem Beklagten, der so eben trotz seiner Behauptung des Eigenthums zur Restitution verurtheilt wurde, frei, gleich darauf mit der rei vindicatio die von ihm restituirte Sache zurückzufordern, also den Streit, ob ihm das Eigenthumsrecht gebühre, von neuem zu beginnen, wodurch das bereits rechtskräftig festgestellte Verhältniß wieder in Frage gestellt würde.

spruch (pronuntiatio) zu thun, daß die Sache dem Beklagten gehöre (rem rei esse), also ohne das Eigenthumsrecht des Beklagten festzustellen: kommt daher die Sache später in die Hand des früheren (abgewiesenen) Klägers, so muß der die rei vindicatio anstellende frühere Beklagte sein Eigenthumsrecht von neuem beweisen (wozu er natürlich das frühere Beweismaterial wieder benutzen kann), weil eben noch keine pronuntiatio rem suam esse vorliegt[29]. Wenn ein Pfandgläubiger mit der actio hypothecaria auftritt und der Beklagte ein besseres (älteres) Pfandrecht behauptet (exceptio rei sibi antea pignoratae), so liegt in der Verurtheilung des Beklagten nicht bloß die Anerkennung des Pfandrechts des Klägers, sondern auch die Anerkennung des besseren Pfandrechts desselben[30], und der nachfolgenden Pfandklage des früheren Beklagten steht die exceptio rei judicatae entgegen, da in dem früheren Urtheil zugleich der Ausspruch liegt, daß das Pfandrecht des jetzigen Klägers (früheren Beklagten) ein schlechteres sei als das des jetzigen Beklagten (l. 19 D. h. t. 44, 2 Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pigneratitia et obtinuit: mox ille agere simili actione instituit. Quaesitum est an exceptio rei judicatae obstaret. Si opposuerat exceptionem rei sibi antea pignoratae et nihil aliud novum et validum adjecerit, sine dubio obstabit: eandem enim quaestionem revocat in judicium)[30a]. Ist dagegen der Kläger in dem ersten Prozeß abgewiesen worden, und zwar aus dem Grund, weil der Richter der exceptio rei sibi antea pignoratae des Beklagten stattgegeben hat, so liegt in dem abweisenden Urtheil keine pronuntiatio über das Recht des Beklagten,

29) Anders entscheidet Savigny VI S. 346. 347. 364 diesen Fall mit Rücksicht auf die von ihm in sehr weitem Umfang angenommene s. g. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

30) Hat der Beklagte in dem früheren Prozeß ein besseres Pfandrecht (oder ein älteres Servitutrecht §. 486 a. b. G. B.) nicht behauptet, also die Priorität nicht mit in den Streit gezogen, so steht seiner späteren Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen, weil ein und dieselbe Sache mehreren Personen nach einander verpfändet (oder dienstbar gemacht) sein kann, also die gerichtliche Anerkennung des Rechts des Klägers noch keineswegs den Schluß zuläßt, daß der Beklagte nicht Pfandgläubiger (Servitutsberechtigter) sei; vgl. die Note 27 angef. Stellen.

30a) Vgl. zu dieser Stelle Keller L. C. und Urtheil S. 225. 226, Savigny VI S. 427 (mißverstanden wird diese Stelle zum Theil von Pfeiffer S. 269).

da der Richter nur ausspricht, daß dem Kläger ein besseres Pfandrecht als dem Beklagten **nicht** zustehe, nicht aber zugleich ausspricht, daß dem Beklagten ein **besseres** Pfandrecht zustehe als dem Kläger[31]: kommt daher die Pfandsache später in die Hand des früheren Klägers, so muß der frühere Beklagte (jetzige Kläger) sein Pfandrecht von neuem beweisen[32]. Ebenso verhält es sich in Ansehung einer jüngeren und älteren Servitut (§. 486 a. b. G. B.). — In gleicher Weise verhält es sich mit den technischen **Einreden** überhaupt. Hat der Beklagte eine solche Einrede vorgeschützt und ist der Richter auf deren Untersuchung und Prüfung eingegangen[33], so liegt in der **Anerkennung** des Klaganspruchs nothwendig zugleich eine **Aberkennung** des Gegenanspruchs des Beklagten, da jenem nicht Folge gegeben werden könnte, wenn dieser begründet wäre: der wahre volle Inhalt eines solchen Urtheils besteht also in der Bejahung des vom Kläger intendirten Rechts **und** in der Verneinung des eigenen Rechts des Beklagten. Der späteren klageweisen Geltendmachung des früher einredeweise vorgebrachten und aberkannten

---

31) Daraus, daß A ein besseres Pfandrecht als B **nicht** hat, läßt sich der Schluß darauf, daß B ein besseres Pfandrecht habe als A, durchaus nicht mit Sicherheit ziehen: in der Aberkennung der Priorität des klägerischen Pfandrechts ist nicht zugleich nothwendig die Anerkennung der Priorität des Pfandrechts des Beklagten enthalten. Konnte doch auch der Kläger deßhalb abgewiesen worden sein, weil der Richter gefunden hat, daß der Beklagte ein gleich starkes Pfandrecht habe, wie der Kläger, also auf die exceptio hin: si non convenit, ut ea res mihi quoque pignori esset l. 10 D. de pign. 20, 1. (Würde in einem solchen Fall der frühere Beklagte gegen den früheren Kläger, in dessen Hand die Pfandsache gekommen ist, mit der actio hypothecaria auftreten, so müßte nicht nur er sein Pfandrecht beweisen, sondern auch der jetzige Beklagte seine exceptio rei sibi quoque pignoratae beweisen, weil das frühere Urtheil nur festgestellt hat, daß er ein **besseres** Pfandrecht als der jetzige Kläger nicht habe, ohne auszusprechen, daß er ein **ebenso gutes** Pfandrecht habe, als dieser.).

32) Würde aber der jetzige Beklagte B die exceptio rei sibi antea pignoratae vorschützen, so kann sie der Kläger A mit der replicatio rei judicatae zurückschlagen, weil darüber schon gestritten und erkannt ist, daß der B ein besseres Pfandrecht als der A nicht habe, also durch jene Exceptio eadem quaestio in judicium revocirt wird.

33) Kommt die Einrede gar nicht in Betracht, z. B. wegen Mißlingens des Klagbeweises oder weil sie (als illiquid) ad separatum verwiesen wird, so kann von einer rechtskräftigen Entscheidung über dieselbe natürlich keine Rede sein; so z. B. wenn die Compensationseinrede gar nicht berücksichtigt wurde l. 7 §. 1 D de comp. (16, 2) Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio objici potest. l. 1 § 4 D. de contr. tut. (27, 4) l. 8 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5) l. 18 §. 4 D. commod. (13, 6).

Anspruchs steht daher die exceptio rei judicatae entgegen, da über diesen Anspruch bereits und zwar in negativem Sinn entschieden (res judicata) ist. Ist also z. B. dem Klagebegehren troß der vom Beklagten vorgeschüßten und vom Richter geprüften Compensationseinrede stattgegeben worden, so kann die Gegenforderung später mittelst Klage[33a] nicht mehr wirksam geltend gemacht werden, weil es bereits rechtskräftig festgestellt ist, daß diese Forderung nicht zu Recht bestehe (l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3, 5 — Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est. l. 7 §. 1 D. de compens. 16, 2 — Aliud dicam [Note 33], si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio. l. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27, 4)[34]. Ist dagegen der Kläger auf die technische Einrede des Beklagten hin abgewiesen worden, so liegt hierin, soweit die Abweisung reicht, zugleich die Anerkennung resp. Realisirung des Einrederechts des Beklagten[34a]. Darüber hinaus

---

33a) Ebensowenig kann natürlich die verworfene Gegenforderung einer späteren Klage entgegengesetzt werden: hier steht dem Kläger die replicatio rei judicatae zu Gebote; vgl. Wächter §. 73 Note 45.

34) Es wird auch hier wieder eadem quaestio in judicium revocirt, vgl. Buchka Einfl. II S. 205 fg. Ebenso verhält es sich, wenn z. B. der Beklagte die exceptio laesionis ultra dimidium oder die s. g. exceptio redhibitoria gegen die Klage des Käufers, oder die exceptio doli gegen die Klage ex stipulatu vorgebracht hätte (z. B. §. 1 I. de except. 4, 13 Gaj. IV §. 116 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12, 5) und dennoch verurtheilt worden wäre: hiemit ist rechtskräftig entschieden, daß ihm ein Anfechtungsrecht nicht zustehe, und seiner nachfolgenden Klage auf Aufhebung des Kaufvertrags und Wiederherstellung des vorigen Standes (§. 934 a. b. G. B.) u. s. f. stünde unzweifelhaft die exceptio rei judicatae entgegen, vgl. Buchka Einfl. II S. 202. (Eine andere Frage ist es, ob es dem Berechtigten frei stehe, sein Anfechtungsrecht, resp. sein Recht im Fall relativer Nullität, noch klageweise, per modum actionis, geltend zu machen, nachdem er es im Weg der Vertheidigung gegen die Klage des Gläubigers, per modum exceptionis, geltend zu machen unterlassen hat: diese Frage beantwortet sich nach den Grundsätzen des stillschweigenden Verzichts. In Ansehung compensabler Gegenansprüche besteht über die Zulässigkeit ihrer beliebigen Geltendmachung durch Klage oder Einrede kein Zweifel cf. l. 8 §. 4 D. cit. 13, 6 l. 1 §. 4 D. cit. 27, 4.) — Ebenso verhält es sich, wenn der Beklagte gegen die rei vindicatio ein eigenes dingliches Recht vorgeschüßt hat (l. 9 D. de R. V.) und diese exceptio reprobirt worden ist: der späteren Klage aus diesem Recht steht die exceptio rei judicatae entgegen.

34a) So z. B. wenn der Richter über die Compensationseinrede die Forderung

aber wirkt das Urtheil nicht, da es in der Natur des Prozesses liegt, daß der Beklagte in der Defensive bleibt und keinen weiteren Vortheil erlangen kann, als den negativen, von der Klage freigesprochen zu werden[35]. Eine direkte selbständige Anerkennung des Rechts des Beklagten mit der Wirkung der Rechtskraft enthält das abweisende Urtheil nicht; es kann daher aus demselben auch nicht eine positive Berechtigung des Beklagten gefolgert werden, weil eben der Richter unmittelbar nur das Recht des Klägers, nicht das des Beklagten festzustellen hat, und sein Ausspruch (pronuntiatio) nur über jenes, nicht über dieses ergeht. Die Anerkennung des Rechts des Beklagten bildet zwar den Grund des richterlichen Ausspruchs über das Klagerecht, nicht aber dessen Inhalt. Macht daher der frühere Beklagte sein Recht später im Weg der Klage geltend, so muß er dasselbe wieder von neuem begründen und beweisen, wozu er sich natürlich der früheren Beweismittel wieder bedienen kann, jedoch ohne daß der Richter formell an das im früheren Prozeß daraus gezogene Resultat gebunden wäre[36].

---

des Klägers durch die Gegenforderung des Beklagten für getilgt erklärt: hier liegt in dem richterlichen Urtheil pro concurrente summa (Note 36) die Anerkennung und Realisirung des Rechts des Beklagten; deßgleichen wenn der Richter über die exceptio laesionis ultra dimidium den Kaufvertrag für aufgehoben erklärt u. s. f.

35) Der ganze Rechtsstreit dreht sich nur um das intendirte Recht des Klägers; bloß um den Klageanspruch zu elidiren, bringt der Beklagte seinerseits Rechte und Ansprüche vor: was er bezweckt und verlangt, ist (gänzliche oder theilweise) Abweisung des Klägers, nur um diesen gegenwärtigen Erfolg, nicht um die definitive Feststellung eines eigenen Rechts für alle Zukunft, nur darum, daß dem Kläger das beanspruchte Recht ab=, nicht darum, daß ihm ein eigenes Recht zugesprochen werde, ist es ihm zu thun; vgl. Pfeiffer S. 268. 269, der mit Recht hervorhebt, daß Savigny selbst VI S. 365. 366 auf den Widerspruch in seiner Darstellung aufmerksam macht, ohne daß es ihm jedoch gelungen wäre, denselben wirklich zu beseitigen.

36) Hat also z. B. der Beklagte zum Zweck der Compensation das Dasein einer Gegenforderung bewiesen, welche die Höhe der eingeklagten Forderung übersteigt, so wird dieselbe durch das richterliche Urtheil, welches der Compensationseinrede stattgibt, nur in so weit anerkannt als es zu diesem Zweck erforderlich ist: wird später der Überschuß eingeklagt (l. 18 §. 4 D. commod. 13, 6), so muß der Gläubiger von neuem diesen Theil seiner Forderung beweisen, kann sich also auf das frühere Urtheil nicht mit Erfolg berufen, weil dieses eben nicht ausgesprochen hat, daß er $x+y$ zu fordern habe, sondern nur daß der frühere Kläger x nicht zu fordern habe, vgl. Bayer Vortr. S. 441, Wagner über die Compensation im österr. Civilproz. 1817 §§. 19. 35. (Pratobevera Mater. VII S. 385. 386 will in diesem Fall eine stillschweigende Widerklage annehmen cf. l. 14 C. de sent.

Das Ergebniß der vorstehenden Darstellung läßt sich in folgende Sätze fassen. Die Rechtskraft des Urtheils reicht so weit als der Inhalt des Urtheils reicht: nach dem wahren vollen Inhalt des Urtheils bestimmt sich der mögliche Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Das Urtheil enthält aber einen selbständigen und direkten Ausspruch nur über den concreten Klageanspruch, also weder über die Klagthatsachen, noch über die Präjudicialpunkte. Einen Ausspruch über Recht und Ansprüche des Beklagten kann das Urtheil enthalten, wenn und insofern in der Anerkennung des Klagerechts nothwendig zugleich eine Aberkennung der Ansprüche des Beklagten liegt: dagegen enthält das Urtheil an sich[37]

7, 45 und dazu Savigny VI S. 338 fg.; allein so wenig nach heutigem gemeinem Prozeßrecht eine stillschweigende Widerklage angenommen werden kann, vgl. Savigny S. 343 fg., Wetzell §. 46 Note 16, so wenig nach österr. Prozeßrecht; vgl. auch Rippel Erläuter. zur A. G. O. 1 S. 195. 196. 622.) — Ebenso verhält es sich, wenn der Eigenthumskläger zufolge einer vorgeschützten auf einem dinglichen oder persönlichen Recht des Beklagten beruhenden exceptio zur Zeit abgewiesen wurde (l. 9 D. de R. V.): der Richter spricht hier nur aus, daß der Restitutionsanspruch gegenwärtig nicht stattfinde, ohne auszusprechen, daß dem Beklagten die Servitut u. s. f. zustehe (cf. l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7, 9): das Dasein des Rechts des Beklagten bildet den Grund, nicht aber den Inhalt der richterlichen Entscheidung, und der Beklagte, der später dasselbe Recht klagweise geltend macht (z. B. die actio confessoria gegen den früheren Kläger anstellt), muß sein (Servituts-) Recht von neuem darthun. (Ist doch erst allmälig bei der absolutio ab instantia an die Stelle der bloßen Entlassung des Beklagten ein förmliches entbindendes Urtheil getreten, welches gleich jedem anderen eröffnet und mitgetheilt wird, worin über die Kosten des Verfahrens erkannt wird und wogegen Rechtsmittel zuläßig sind, vgl. Planck Mehrheit S. 15. 266 fg.: diese prozessualische Veränderung hat daran nichts umgestaltet, daß der Beklagte nur zur Zeit von der Klage resp. ab observatione judicii entbunden (relaxirt) wird, ohne daß ihm ein eigenes Recht selbständig zugesprochen wird.)

37) Die Aufgabe des Richters besteht lediglich darin, dem Kläger das intendirte Recht ab- oder zuzusprechen: in dem Zusprechen desselben kann zugleich ein Absprechen eines Rechts des Beklagten liegen, dagegen liegt im Absprechen des Klagerechts nicht zugleich ein Zusprechen eines Rechts für den Beklagten, da dieser seiner Defensivstellung nach nur jenes verlangt, und mit diesem Absprechen die Aufgabe des Richters in diesem Prozeß erfüllt ist. Dieß muß denn auch in dem Fall gelten, wenn der Richter die actio negatoria des Klägers aus dem Grund abweist, weil der Beklagte ein Servitutsrecht bewiesen hat: der Richter spricht nicht aus, daß der Beklagte die Servitut habe, sondern daß der Kläger nicht berechtigt sei, den Beklagten am uti frui u. s. w. zu hindern: er spricht also nicht dem Beklagten das jus utendi fruendi etc. zu, sondern er spricht dem Kläger das jus prohibendi (das Untersagungsrecht §. 1459 a. b. G. B.) ab. Der Beklagte, der später gegen den früheren Kläger mit der actio confessoria auftritt, muß daher

niemals einen selbständigen Ausspruch über die positive Berechtigung des Beklagten[38].

Bringt man diesen der materiellen Rechtskraft fähigen Inhalt des Urtheils in Verbindung mit dem in der Verurtheilung oder Freisprechung des Beklagten bestehenden Inhalt des Urtheils (vorherg. §), so erscheint das richterliche Urtheil als zusammengesetzt aus zwei Theilen, wovon der eine das streitige Rechtsverhältniß feststellt, während der andere eine Anordnung (Disposition) enthält. Das Urtheil enthält sonach zwei Momente, ein deklaratives (decisives) Moment, die pronuntiatio (Deklaration cf. l. 35 §. 1 D. de R. V.) über das streitige Recht, und ein dispositives (imperatives), die condem-

sein Servitutsrecht von neuem beweisen. (A. A. Savigny S. 349. 350 mit Rücksicht auf die s. g. Rechtskraft der Gründe. Savigny S. 350 meint aber auch, daß hier schon der Inhalt des Urtheils selbst den Ausspruch über das Recht des Beklagten enthalte, da bei der Negatorienklage die Formel lautet: Si paret Negidio jus non esse utendi fruendi; weist nun der Richter den Kläger ab, so spricht er aus: Non paret, Negidio jus non esse etc., was aber völlig gleichbedeutend sei mit dem Ausspruch: Paret, Negidio jus esse etc. Allein diese Deduktion ist doch wohl unhaltbar. Der Eigenthümer konnte statt mit der actio negatoria auch mit der actio prohibitoria [l. 11 D. si serv. vind. 8, 5 l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6] auftreten, welche von jener materiell nicht verschieden ist [vgl. Schmidt in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd XV S. 165 fg., Pernice Comment. jur. rom. 1855 p. 134 sq., Witte in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XIII S. 386 fg.]. Bei dieser actio prohibitoria lautete aber die Formel: si paret jus Aulo Agerio esse prohibendi N^m. N^m. uti frui; wies hier der Richter den Kläger ab, so sprach er nur aus: Non paret A^o. A^o. jus esse prohibendi etc., worin sicher eine positive und direkte Anerkennung des Servitutsrechts des Beklagten nicht enthalten ist. Kann man nun annehmen, daß die Verschiedenheit der Formel eine so wesentliche Verschiedenheit des Inhalts des Urtheils nach sich gezogen habe? Und würde es hienach nicht der Kläger in seiner Macht gehabt haben, durch die Wahl der einen oder andern actio zugleich einen direkten Ausspruch über das Recht des Beklagten zu provociren resp. zu vermeiden?)

38) Es läßt sich nicht läugnen, daß es praktisch wünschenswerth erscheint, dem Sieg des Beklagten die dauernde Frucht der definitiven Feststellung und positiven Anerkennung seines Rechts zu verschaffen, so daß er in künftigen Prozessen dieses Urtheil seiner Klage zu Grunde legen kann. Dieß könnte (abgesehen von der zufälligen Möglichkeit einer Widerklage) dadurch bewirkt werden, daß dem Beklagten das prozessualische Recht eingeräumt würde, sein Einredebegehren nicht bloß negativ (auf Abweisung des Klägers), sondern auch positiv (auf Anerkennung seines einredeweise geltend gemachten Rechts) zu stellen: dann enthielte das Urtheil zugleich einen direkten Ausspruch über das Recht des Beklagten (ein praejudicium im Sinn von Gaj. IV §. 44, also ohne eine condemnatio), und dasjenige, was sonst nur als Grund der Entscheidung erscheint, würde hiedurch zum Inhalt des Urtheils und hiedurch der Rechtskraft fähig.

natio oder absolutio des Beklagten[38a]. Da nun die materielle Rechtskraft in der endgültigen Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses, in der definitiven Umwandlung eines ungewissen Rechts in ein gewisses besteht, so folgt von selbst, daß nur derjenige Theil des Urtheils, welcher den Ausspruch (pronuntiatio) über das streitige Rechtsverhältniß enthält, also der deklarative (decisive) Theil der richterlichen Entscheidung in materielle Rechtskraft erwachsen kann, während der dispositive Theil der Entscheidung seinem Begriff und Wesen nach nur der formellen Rechtskraft fähig ist[39]. Der deklarative (pronuntiative) Theil steht zum dispositiven Theil des Urtheils im Verhältniß von Grund und Folge[39a]; weil der Richter das Recht des Klägers als vorhanden annimmt (z. B. quia paret rem actoris esse), verurtheilt er den Beklagten (zur Herausgabe der Sache), und umgekehrt, weil er das Recht des Klägers als nicht vorhanden erklärt (z. B. quia paret rem actoris non esse), spricht er den Beklagten frei: Verurtheilung und Freisprechung sind nur die rein praktischen Consequenzen aus der Bejahung oder Verneinung des streitigen Rechts. Der deklarative (pronuntiative) Theil des Urtheils erscheint daher in doppelter Eigenschaft: er enthält die eigentliche Decision des streitigen Rechtsverhältnisses und ist zugleich der Grund der richterlichen Disposition: er ist zugleich Entscheidung und Entscheidungsgrund. Hat man nun unter „Entscheidung" nur den dispositiven Theil des Urtheils als den unmittelbar praktisch wichtigen vor Augen, versteht man also unter Entscheidungsgrund (im materiellen Sinn) den Grund der die Verurthei-

38a) Manche Schriftsteller verstehen unter dem „dispositiven" Theil des Urtheils die Entscheidung in ihrem ganzen Umfang im Gegensatz zu den bloßen Entscheidungsgründen, also beide im Text unterschiedenen Bestandtheile, die Deklaration (z. B. rem meam esse) und den richterlichen Befehl (z. B. den jussus de restituendo): diese Differenz betrifft bloß den Ausdruck.

39) Da die materielle Rechtskraft die formelle zu ihrer Voraussetzung hat, so versteht es sich von selbst, daß auch der deklarative Theil des Urtheils formell rechtskräftig wird und daher der Appellation ebenso fähig als bedürftig ist: denn was rechtskräftig zu werden fähig und bestimmt ist, muß durch Appellation angefochten werden können, und umgekehrt, was nicht rechtskräftig wird, braucht und darf nicht Gegenstand der Appellation sein; vgl. Savigny S. 351. 352. 386.

39a) Dieses Verhältniß von Grund und Folge ist besonders bei den römischen actiones arbitrariae hervorgetreten, da hierbei pronuntiatio und condemnatio auch zeitlich gesondert waren (vgl. Keller Civilproz. S. 409).

lung oder Freisprechung aussprechenden Entscheidung, so muß man freilich sagen, daß die Entscheidungsgründe[40], und zwar nicht sie auch, sondern nur sie[40a], rechtskräftig werden, da dasjenige, was hier Grund heißt, vielmehr die Decision selbst, der wahre (bejahende oder verneinende) Inhalt der Entscheidung über das streitige Rechtsverhältniß, also das eigentlich für die Gegenwart und Zukunft Ausgesprochene und Festgestellte ist. Hierin liegt aber auch zugleich die Grenze der Rechtskraft der Entscheidungsgründe: nur jene Entscheidungsgründe, welche zugleich selbst Entscheidungen sind, werden rechtskräftig. Was bloß Entscheidungsgrund ist, kann nicht in Rechtskraft erwachsen, weil es eben nur Motiv der Entscheidung ist[41], also den Richter nur bestimmt, das eigentlich streitige Verhältniß so oder so festzustellen, ohne an und für sich Gegenstand der definitiven Entscheidung und endgültigen Feststellung zu sein: was nicht pronuntiirt ist, hat nicht die auctoritas rei judicatae. Mit andern Worten: nur solche Entscheidungsgründe, welche

---

40) Eine ausführliche Darstellung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe gibt Savigny VI §§. 291—294, der jedoch den (materiellen) Entscheidungsgründen eine weit größere Bedeutung zuschreibt, als hier angenommen wird, indem er alle s. g. objektiven Gründe (Elemente) des Urtheils rechtskräftig werden läßt, ohne zwischen bloßen Entscheidungsgründen und solchen, die zugleich Entscheidungen sind, zu unterscheiden, und ohne in dem Klagrecht den eigentlichen Gegenstand des richterlichen Ausspruchs und die Grenze seines Umfangs zu sehen. Ihm folgen hierin Vangerow I S. 314. 315, Schäffer „Zur Lehre von der res judicata insbesondere der Rechtskraft der Entscheidungsgründe" in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd XII Nr. IX S. 247 fg. und wie es scheint auch Arndts §. 116 Anm. 3; vgl. jedoch dagegen Pfeiffer S. 261 fg., Koch Preuß. Privatr. I §. 199, Wetzell II §. 47.

40a) Es ist wohl unrichtig oder doch ungenau, wenn Savigny S. 358. 369 lehrt, daß die Rechtskraft „nicht bloß der Entscheidung selbst (Verurtheilung oder Freisprechung), sondern auch den objektiven Gründen derselben zugeschrieben werden müsse": materiell rechtskräftig können nur die s. g. objektiven Gründe (der deklarative, decisive Theil des Urtheils) werden, die Verurtheilung oder Freisprechung, wodurch ein Rechtsverhältniß nicht festgestellt, sondern dem Beklagten eine Handlung aufgetragen oder der Kläger abgewiesen wird, kann nur formell rechtskräftig d. h. unabänderlich werden. Jene Darstellung beruht auf dem Mangel der gehörigen Unterscheidung zwischen materieller und formeller Rechtskraft.

41) Vgl. auch Linde „Über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe" im civ. Arch. Bd XXXIII Nr. XIII S. 315—353, der gleichfalls (gegen Savigny) ausführt, daß nur solche (objektive) Entscheidungsgründe, welche zugleich selbst Entscheidungen sind, in Rechtskraft erwachsen können; ihm stimmt auch Heimbach S. 813 fg. 818 fg. bei.

Gründe des dispositiven Theils des Urtheils sind, erwachsen in Rechtskraft; jene Entscheidungsgründe dagegen, welche nur Gründe des deklarativen Theils des Urtheils (der pronuntiatio) bilden (also die Gründe jener Gründe), sind der Rechtskraft nicht fähig. Weist z. B. der Richter die Eigenthumsklage auf Grund der s. g. exceptio recentioris dominii ab, so wird zwar der Grund dieser Abweisung (also der rein praktischen Entscheidung), die pronuntiatio rem actoris non esse, rechtskräftig, aber der Grund dieses Grundes (die Annahme eines neueren Eigenthums in der Person des Beklagten) wird nicht rechtskräftig, weil der Richter eben nicht ausspricht, rem rei esse, sondern nur auf jene Annahme hin pronuntiirt, rem actoris non esse.

Wird dasjenige und nur dasjenige materiell rechtskräftig, was den Inhalt des deklarativen (decisiven) Theils der richterlichen Entscheidung ausmacht, so fragt es sich, aus welchen Quellen im concreten Fall dieser Inhalt, der materiell rechtskräftig zu werden fähig und bestimmt ist, in seinem vollen Umfang erkannt werden könne, wo also der die Rechtsverhältnisse feststellende Ausspruch des Richters (die pronuntiatio) aufzusuchen und zu finden sei[42]? Die Veranlassung zu dieser Frage liegt in der formellen Einrichtung der richterlichen Urtheile[42a]. Es besteht seit langer Zeit die Sitte, daß die Gerichte ihrem Urtheilsspruch eine ausführliche Rechtfertigung beigeben, so daß zwei Schriftstücke vorhanden sind, von denen das eine formell als Entscheidung bezeichnet wird (Urtheil, Erkenntniß, Urtheilsformel, sententia), während das andere die Gründe dieser Entschei-

42) Diese Frage ist von der früheren über den Gegenstand und Umfang der Rechtskraft überhaupt wohl zu unterscheiden: dort handelt es sich darum, wie weit die materielle Rechtskraft eines Urtheils überhaupt reicht; hier darum, aus welchen Quellen im concreten Fall der Inhalt des betreffenden Urtheils und hiemit der Gegenstand und Umfang der Rechtskraft in diesem Fall zu ermitteln ist: dort fragt es sich, worin der Inhalt des Urtheils überhaupt bestehen kann, was also rechtskräftig werden kann, während es hier darauf ankommt, wo der Inhalt eines speziellen Urtheils aufzusuchen sei, um zu wissen, was in concreto wirklich rechtskräftig werde. Savigny VI §§. 291. 292 hat das Verdienst, diese beiden Fragen zuerst scharf gesondert und bestimmt formulirt zu haben.

42a) Vgl. Rud. Brinckmann Über die richterlichen Urtheilsgründe, nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, sowie über ihre Auffindung, Entwicklung und Anordnung nebst Bemerkungen über den richterlichen Stil und Ton. Kiel 1826 (128 SS.).

dung enthält (s. g. Entscheidungsgründe, Urtheilsgründe im formellen Sinn)[43]. Die Urtheilsformel enthält stets und nothwendig den dispositiven Theil der Entscheidung[43a], die Verurtheilung des Beklagten oder die Abweisung des Klägers, also die rein praktische Entscheidung, welche zwar der formellen, nicht aber der materiellen Rechtskraft fähig ist. Dagegen enthält sie den Ausspruch (pronuntiatio) über das streitige Recht, die definitive Feststellung der bestrittenen Rechtsverhältnisse, entweder gar nicht, oder doch nicht in vollem Umfang: im tenor sententiae findet sich also gerade der zur materiellen Rechtskraft bestimmte decisive (deklarative) Theil der richterlichen Entscheidung entweder gar nicht oder doch nicht vollständig. So läßt

---

43) Während nach gemeinem Prozeßrecht die Gerichte nicht verpflichtet sind, den Parteien die Entscheidungsgründe hinauszugeben, welche nur dem höheren Richter „verpitschiert" einzuschicken sind (J. R. A. §. 60 vgl. Brinckmann §. 19, Heimbach S. 769 fg. und die Stellen bei Osterloh I §. 95 Note 11), schrieb schon die Josephinische G. O. vor, daß zwar in dem Urtheil „von den Beweggründen, die den Richter zu dessen Abfassung bestimmt haben, nichts erwähnt werden solle" (§. 250 A. G. O. vgl. Hfdkr. 2. Dez. 1797 Wessely I Nr. 784, §. 305 prov. C. P. O.), daß aber „über jeden Spruch, worüber eine weitere Beschwerdeführung offen steht, den Parteien auf Anlangen .... die Beweggründe des ergangenen Urtheils mit Beziehung auf die abgeführten Akten .... hinausgegeben werden sollen" (§. 251 A. G. O. vgl. Resol. 14. Juni 1784 Hfdkrt. 9. Dez. 1782 Resol. 11. Sept. 1784 Wessely I Nr. 801—803). Hienach mußte die erste Instanz stets, die zweite Instanz aber nur dann, wenn sie das erstrichterliche Urtheil abänderte oder aufhob, Entscheidungsgründe, (Beweggründe, Motiven) an die Parteien auf ihr Verlangen hinausgeben (vgl. Nippel Erläut. I S. 627); die oberste Justizstelle war nur dann, wenn sie zwei gleichlautende Urtheile abänderte oder aufhob, verpflichtet, der sachfälligen Partei auf Verlangen die Entscheidungsgründe mitzutheilen (a. h. Entschl. v. 25. Sept. 1792 Wessely I Nr. 806). In neuester Zeit ist hierin ein sehr erheblicher, höchst dankenswerther Fortschritt gemacht worden. Schon in der prov. C. P. O. für Ungarn u. s. w. ist den Gerichten aufgetragen, die Entscheidungsgründe „selbst wenn gegen das Erkenntniß keine weitere Beschwerdeführung stattfindet, beiden Theilen mit dem Urtheil zugleich von Amtswegen zuzustellen" (§§. 305. 331 prov. C. P. O.). Das kais. Patent v. 3. Mai 1853 aber (über die innere Einrichtung und die Geschäftsordnung sämmtlicher Gerichtsbehörden) schreibt im §. 197 vor, daß „die Obergerichte und der oberste Gerichtshof stets, ohne ein Begehren der Parteien abzuwarten und ohne Unterschied, ob die unterrichterliche Entscheidung bestätiget oder abgeändert wurde, die Beweggründe ihrer Entscheidung hinauszugeben haben". Vgl. auch den Aufsatz: „Die Motivirung der richterlichen Entscheidungen in Civilrechtssachen, namentlich von Seiten des obersten Gerichtshofs, mit besonderer Rücksicht auf die dießfälligen Vorschriften der neueren und neuesten Gesetze" in der österr. G. Z. 1853 Nr. 125—127.

43a) Der tenor sententiae (die Urtheilsformel) wird daher auch häufig das „Dispositive" genannt.

das freisprechende Urtheil als solches vollkommen zweifelhaft, ob das der Klage zu Grunde liegende Recht als abgesprochen zu betrachten sei, oder ob nur das Dasein des Rechts in der Gestalt des Rechtsanspruchs, also die persönliche Richtung des möglicherweise oder wirklich vorhandenen Rechts, verneint worden sei[44]; ebenso bleibt es völlig ungewiß, ob das Klagerecht als niemals entstanden, oder durch nachträgliche Ereignisse wieder erloschen, oder durch technische Einreden aufgehoben[45] angenommen wurde[45a]. Das condemna-

44) So kann z. B. der Eigenthumskläger abgewiesen worden sein, weil er den Beweis seines Eigenthumsrechts nicht erbracht hat: hier ist der wahre Inhalt der Entscheidung, der sich aber im tenor sententiae nicht findet, rem actoris non esse (cf. l. 15 D. h. t. 44, 2), und einer späteren rei vindicatio oder (echten oder unechten) exceptio dominii steht die exceptio resp. replicatio rei judicatae entgegen (l. 24 D. h. t.), weil eben bereits festgestellt ist, daß dieser Person das Eigenthumsrecht nicht zustehe. Der mit der Eigenthumsklage Belangte kann aber auch aus dem Grund freigesprochen worden sein, weil er die vindicirte Sache nicht besitzt (§. 366 a. b. G. B. §. 2 I. de act. 4, 6 l. 1 §. 6 D. uti poss. 43, 17 l. 9 D. de R. V.), absolutus, quia non possidebat: hier kann der wahre Inhalt der richterlichen Entscheidung unter Umständen bloß in der Verneinung der bestimmten persönlichen Richtung und Beziehung des Eigenthumsrechts (nicht aber, wie Savigny S. 359 360 angibt, in der Verneinung des Besitzes des Beklagten) bestehen, und der späteren Eigenthumsklage gegen den nunmehr besitzenden Beklagten steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen, weil eben über das Dasein oder Nichtdasein des Eigenthumsrechts vorausgesetztermaßen noch gar nicht pronuntiirt ist (l. 17 D. h. t. Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desiisse possidere; deinde postea coeperis possidere et ego a te petam, non nocebit mihi exceptio rei judicatae. l. 18 pr. l. 9 pr. eod.); möglicherweise kann aber in diesen Fällen zugleich auch über das Eigenthumsrecht gesprochen und dieses bejaht oder verneint worden sein (l. 9 pr. §. 1 D. cit. l. 16 §. 5 D. de pign. 20, 1 vgl. Note 120), woraus sich dann wieder verschiedene Folgen für die später versuchte Geltendmachung des Eigenthumsrechts ergeben.

45) So geht z. B. aus der Absolution als solcher nicht hervor, daß die Forderung als durch Compensation getilgt zu betrachten sei: wollte man sich hier bloß auf den tenor sententiae beschränken, so könnte der freigesprochene Beklagte von neuem mittelst selbständiger Klage die Bezahlung jener Forderung verlangen, mit welcher er compensirt hat, die also in der That bereits befriedigt ist. Sehr zu billigen ist insofern die Vorschrift des §. 299 der prov. C. P. O. (der aber freilich nur eine halbe Maßregel enthält, Note 46), wonach, „wenn die Forderung des Klägers ganz oder theilweise abgewiesen wird, weil dieselbe durch Compensation getilgt erscheint, dieses in dem Urtheil anzuführen ist": es wird hiedurch, von allem andern abgesehen, bewirkt, daß die Urtheile der beiden unteren Instanzen, welche den Beklagten aus verschiedenen Gründen absolviren, das eine, weil die Klagforderung als nicht bewiesen oder durch Zahlung, Erlaß u. s. f. wieder erloschen, das andere, weil die Klagforderung zwar als zurecht bestehend, jedoch durch Compensation getilgt angenommen wird, nicht gleich

torische Urtheil enthält als solches nicht die Verneinung der vom Beklagten opponirten Einrederechte[46]; ja selbst ein Ausspruch über das Klagerecht wird in demselben nicht enthalten sein, wenn das Klagpetit minder sorgfältig abgefaßt ist[47]. Will man den wahren vollen Inhalt des Urtheils kennen lernen, so kann man bei dem formell als Entscheidung bezeichneten tenor sententiae nicht stehen bleiben, sondern muß sich nach anderen Erkenntnißquellen umsehen. Eine solche

lauten und einem Revisionszug des Beklagten an die dritte Instanz die Regel, daß gegen zwei gleichlautende Urtheile nicht revidirt werden darf, auch nicht einmal dem äußern Schein nach entgegensteht.

45a) Noch greller gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Richter den Kläger bloß zur Zeit (angebrachtermaßen) abweisen will, das Urtheil selbst aber (der tenor sententiae) einen hierauf bezüglichen Zusatz nicht enthält, wie dieß bei uns häufig vorkommt. (Meint doch selbst Nippel Erläuter. zur A. G. O. I S. 621, daß der Kläger, der zu früh geklagt hat, einfach abzuweisen sei, da „der Ausdruck, der Geklagte sei die geforderten 1000 fl. derzeit zu bezahlen nicht schuldig, ein undeutliches und unbestimmtes Erkenntniß enthalten würde"!) In einem solchen Fall, wo aus der Absolution als solcher nicht klar wird, ob sie als absolutio ab instantia oder ab actione gemeint sei, muß aus den Entscheidungsgründen entnommen werden, ob der Anspruch des Klägers an sich verneint, oder ob nur dessen gegenwärtiger Realisirung nicht stattgegeben werden sollte. Im letzteren Fall steht der späteren Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen, weil, wie Fischer Handb. S. 214 mit Recht bemerkt, „aus den Entscheidungsgründen des früheren Urtheils zu ersehen ist, daß nicht Unrichtigkeit der Forderung, sondern die damals bestandene Nichtklagbarkeit derselben der Grund der Abweisung war."

46) So z. B. geht aus der Condemnation als solcher nicht hervor, daß die compensando geltend gemachte Gegenforderung rechtskräftig verworfen worden sei, daß der Richter die Existenz des im Weg der exceptio gegen die rei vindicatio geltend gemachten Servitutsrechts verneint habe u. s. f. Aus dem tenor der condemnatorischen Sentenz wird sich schon deßhalb die rechtskräftige Verwerfung der Einreden niemals entnehmen lassen, weil es nach österr. Prozeßrecht unstatthaft ist, der Verwerfung von Einreden im Urtheil Erwähnung zu machen: das Hofdekret v. 2. Dez. 1797 (Wessely I Nr. 784) hat „den Unfug (?), mittelst welchem in den Urtheilen nicht bloß über das Begehren der Partei erkannt, sondern auch eingeschaltet worden, daß diesen oder jenen ..... Einwendungen nicht stattgegeben sei, abgestellt und den Richter auf die Befolgung des §. 248 A. G. O. gewiesen" (vgl. §. 305 prov. C. P. O.). Auch läßt sich nur aus den Entscheidungsgründen entnehmen, ob eine Einrede (z. B. die Compensationseinrede) als illiquid nicht berücksichtigt oder als unbegründet reprobirt wurde.

47) So lautet z. B. bei der Eigenthumsklage das Petit und Urtheil öfters bloß dahin: Beklagter sei schuldig, die Sache herauszugeben (oben §. 115 Note 13), bei Forderungsklagen: Beklagter sei schuldig (oder nicht schuldig), die geforderten 100 fl. zu bezahlen (vgl. Nippel Erläuter. I S. 620): in solchen Fällen enthält der tenor sententiae auch nicht den geringsten Theil der eigentlichen zur materiellen Rechtskraft bestimmten Entscheidung, da sich im Urtheile nicht einmal eine Andeutung des Rechtsverhältnisses findet, welches der Richter durch seine pronuntiatio festzustellen berufen war; vgl. auch Savigny S. 354.

bieten (nebst der Klagschrift Note 80[a]) die s. g. Entscheidungsgründe im formellen Sinn. Diese enthalten, von Anderem abgesehen, ein Doppeltes: Erwägungen und Reflexionen des Richters über die rechtliche Natur des festzustellenden Rechtsverhältnisses sowie über die Auslegung und Anwendbarkeit eines Gesetzes (s. g. subjektive Entscheidungsgründe); ferner Entscheidungen über die im Prozeß streitig gewordenen Rechtsverhältnisse, auf denen die praktische Entscheidung des Rechtsstreits (die Verurtheilung oder Freisprechung) beruht (s. g. objektive Entscheidungsgründe). Die subjektiven Entscheidungsgründe, welche nach Verschiedenheit der juristischen Auffassung verschieden sein können, kommen nicht weiter in Betracht, da sie nur eine Ansicht, keine Entscheidung aussprechen und höchstens zur Interpretation des Urtheils dienen können[48]. Die objektiven Entscheidungsgründe sind die unmittelbaren oder mittelbaren materiellen Gründe der Freisprechung oder Verurtheilung: während die letzteren bloße Gründe sind (z. B. die Bejahung des neueren Eigenthums in der Person des Beklagten als Grund der Verneinung des Eigenthumsrechts in der Person des Klägers), sind die ersteren zugleich die wahre Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst (z. B. die Bejahung des Eigenthums in der Person des Klägers). Insofern nun die s. g. Entscheidungsgründe im formellen Sinn (das so bezeichnete Schriftstück) die unmittelbaren materiellen Gründe der formellen Entscheidung (des tenor sententiae) enthalten, enthalten sie hiemit zugleich die Entscheidung selbst, also den der materiellen Rechtskraft fähigen Ausspruch des Richters über das Dasein oder Nichtdasein eines Rechtsverhältnisses: die formellen Entscheidungsgründe sind insofern Erkenntnißgründe des Inhalts und Umfangs des concreten Urtheils. Der decisive (deklarative, pronuntiative) Theil der Entscheidung, auf den es für die materielle Rechtskraft gerade ankommt, ist daher nicht nur in dem tenor sententiae,

48) Wenn der Richter in einem Prozeß eine Gesetzesstelle in einem gewissen Sinn ausgelegt hat, so ist er in einem andern Prozeß zwischen denselben Parteien an diese Auslegung ebensowenig gebunden, als an seine frühere Auffassung der rechtlichen Natur des Verhältnisses, welches in beiden Prozessen in Frage ist (z. B. über die Klagbarkeit eines Differenzgeschäfts in Industriepapieren). Darüber, daß die subjektiven Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen, herrscht kein Zweifel; vgl. Savigny S. 361, Schäffer in der angef. Abh. S. 251. 252, Bayer Vortr. S. 438. 439, Wächter §. 73 Note 41.

sondern auch und zwar hauptsächlich in den mit dem Urtheil hinausgegebenen Entscheidungsgründen enthalten, und somit an beiden Orten aufzusuchen[48a]. Urtheil und Entscheidungsgründe machen ein inneres zusammenhängendes Ganze aus: das was wirklich entschieden d. h. über die streitigen Rechtsverhältnisse definitiv festgestellt ist, weiß man erst dann, wenn man die s. g. Entscheidungsgründe kennt, welche die Seele des Urtheils, die nothwendige Ergänzung des richterlichen Ausspruchs über Schuldig oder Nichtschuldig des Beklagten ausmachen[49]. In diesem Sinn und mit dieser Beschränkung auf die unmittelbaren materiellen Gründe der praktischen Entscheidung (Verurtheilung oder Freisprechung), welche sie enthalten, werden die formellen Entscheidungsgründe nach gemeinem[50] und österreichischem Recht[51] ebenso rechtskräftig wie die Urtheilsformel selbst, indem aus beiden Stücken der richterliche Gedanke zu reconstruiren ist: diese Rechtskraft der Gründe läugnen wollen, heißt die materielle Rechtskraft des Urtheils überhaupt ganz und gar verneinen oder doch ihren Umfang nicht nach inneren Gründen bestimmen, sondern von dem zufälligen quantitativen Verhältniß abhängig machen, in welchem sich von Fall zu Fall der volle Inhalt der materiel-

48a) Für die materielle Rechtskraft kommt es also nicht darauf an, an welchem Ort, ob in der Urtheilsformel oder in den Entscheidungsgründen, der Ausspruch des Richters steht; die wahre materielle Entscheidung (pronuntiatio) wird rechtskräftig, sie mag da oder dort stehen: so wenig alles materiell rechtskräftig wird, was in der Urtheilsformel steht (Note 40 a), so wenig ist alles was in derselben nicht steht, deßhalb allein von der materiellen Rechtskraft ausgeschlossen.

49) Treffend bemerkt Kierulff I S. 260: „Was man gewöhnlich „Entscheidungsgründe“ nennt, ist eben der wahre concrete Inhalt (des Urtheils), und die Condemnation oder Absolution sind nur der Ausspruch des aus ihm gefolgerten rechtlichen Resultats. Was entschieden ist, weiß man wahrhaft nur, wenn man jene s. g. Gründe kennt, und die gewöhnlich s. g. Entscheidung selbst gibt davon nur eine oberflächliche andeutende Kunde.“ In gleichem Sinn äußern sich Sintenis prakt. Civilr. I S. 352, Bayer Vortr. §. 138, Buchka II S. 207—209, Pfeiffer S. 264 fg., Wetzell II S. 440. 441, Koch Preuß. Privatr. I §. 199 über die Rechtskraft der (formellen) Entscheidungsgründe.

50) Vgl. insbes. Savigny §. 292. In diesem Punkt herrscht überhaupt unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Einigkeit; die Meinungsverschiedenheit bezieht sich nicht darauf, woher der Inhalt der Entscheidung zu entnehmen ist, sondern darauf, was entschieden sei, also nicht auf die Quellen der Rechtskraft, sondern auf ihren Gegenstand und Umfang.

51) Vgl. Wehli „Noch ein Wort über die Motivirung der Entscheidung der Civilrechtssachen von Seite der höheren Instanzen“ in der G. Z. 1854 Nr. 9. 10.

len Entscheidung über den tenor sententiae und die rationes decidendi vertheilt.

IV. Das rechtskräftige Urtheil begründet gegen jede später versuchte Geltendmachung eines Anspruchs, welcher mit den durch das frühere Urtheil definitiv festgestellten Rechtsverhältnissen in Widerspruch steht, die *Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache* (*Einrede der Rechtskraft*, exceptio rei judicatae), wodurch dieser Rechtsanspruch als bereits abgesprochen zurückgewiesen wird. Die Einrede der Rechtskraft hat die Aufgabe zu verhindern, daß über einen bereits aberkannten Anspruch nochmals gestritten und geurtheilt werde[52]. In dieser Geltendmachung des *verneinenden Inhalts* eines früheren Urtheils besteht die s. g. *positive Funktion* der exceptio rei judicatae[53], welche zwar auch

52) Schon durch diese praktische Tendenz unterscheidet sich das Prinzip der Einrede der Rechtskraft von dem Prinzip der Klagenconcurrenz: durch dieses soll verhindert werden, daß der mit einer Klage geforderte und *zuerkannte* Gegenstand noch einmal gefordert werde; durch jenes, daß der im früheren Prozeß geforderte und *aberkannte* Gegenstand nochmals gefordert werde. Die Verwandtschaft beider besteht in der Voraussetzung einer gewissen *Identität* des ersten und zweiten Rechtsstreits; allein auch diese Verwandtschaft „ist mehr scheinbar als wahr", indem die Identität in beiden Fällen eine verschiedene ist: bei der Klagenconcurrenz *Identität des praktischen Klagobjekts* (des juristischen Gegenstands), bei der exceptio rei judicatae *Identität des angesprochenen Rechts*; vgl. *Savigny* S. 415. 416, oben §. 117 Nr. 6 und unten Note 86.

53) Die exceptio rei judicatae hatte resp. hat zwei Funktionen, eine *positive* und eine *negative*. In der positiven Funktion wirkt sie als Organ der materiellen Rechtskraft des Urtheils, indem sie den *verneinenden* Inhalt eines früheren Urtheils geltend macht; in der negativen Funktion wirkt sie als Organ der Klagenconsumtion, dient also zur Realisirung des Grundsatzes: Bis de eadem re ne sit actio; dort macht man mit ihr den *Inhalt* des Urtheils (*was* erkannt wurde), hier das *Dasein* desselben (*daß* erkannt wurde) geltend; in jener Funktion ist sie immer möglich, wenn ein *Recht* oder *Rechtsanspruch* durch rechtskräftiges Urtheil als nicht bestehend erklärt ist, in dieser ist sie nur einer früher angestellten und abgeurtheilten (consumirten) *Klage* gegenüber möglich, setzt also eine res in judicium deducta voraus, und ist nur dort anwendbar, wo von der Litiscontestation bis zum Urtheil die exceptio rei in judicium deductae stattfand. (Über das Verhältniß dieser beiden Exceptionen rei in judicium deductae und rei judicatae vgl. Gaj. III §. 181 IV §§. 106. 107, *Keller* L. C. S. 109. 209. 235 Civilpr. §. 71 Note 844, *Savigny* VI S. 267, *Bekker* S. 278.) Es ist das „glänzende Verdienst" *Keller's* (L. C. und Urtheil §§. 28. 29), diese doppelte Funktion der Einrede der Rechtskraft in den Quellen aufgedeckt und nachgewiesen zu haben; ihm sind seither die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller gefolgt (vgl. insbes. *Savigny* VI §§. 281. 282, *Wächter* Erörter. III S. 41 fg., *Vangerow* I S. 312 fg.). In neuester Zeit

in dieser Verwendung dem Wesen der Exceptio zufolge nur die negative Tendenz der Entkräftung eines geltend gemachten Anspruchs hat[53a], sich aber darauf stützt, daß dieser Anspruch bereits abgesprochen, nicht bloß abgeurtheilt wurde, so daß die erneuerte Geltendmachung desselben mit dem Inhalt des früheren rechtskräftigen Urtheils in Widerspruch stünde: sie wehrt die wiederholte Verhandlung über einen Rechtsanspruch ab, von dem es bereits rechtskräftig feststeht, daß er nicht vorhanden sei. Diese Einrede entspringt aus dem richterlichen Urtheil, es mag dieses zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten, verurtheilend oder freisprechend, ausgefallen sein. Sie steht der einen wie der andern Partei gegen die Gegenpartei zu[54]: dem früheren Kläger, wenn der frühere Beklagte

hat jedoch Bekker Die prozeff. Consumt. S. 13—19. 119—139 gegen die Duplicität der Funktion der exceptio rei judicatae „gewichtige Bedenken" erhoben, indem er die Bedeutung dieser Einrede und den Umfang ihrer Wirksamkeit nur nach der Regel: Bis de eadem re ne sit actio zu bestimmen sucht, also die s. g. positive Funktion der exc. r. j. gänzlich in Abrede stellt. Ihm stimmt vollkommen bei Brinz I §§. 45. 46, während Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 347 fg. zwar ebenfalls nur die negative Funktion der exceptio rei judicatae annimmt, aber dieselbe (aus guten Gründen) nicht durchwegs auf jene Regel: Bis de eadem re ne sit actio zurückführt (wodurch aber freilich dieser Einrede und insbesondere dem Umfang ihrer Wirksamkeit der innere Grund und Halt gänzlich entzogen wird; vgl. auch Windscheid Die Actio S. 105). Die Duplicität der Funktion der exc. r. j. wird dagegen wieder vertheidigt von Helmolt in der krit. Übersch. Bd III Nr. VI S. 105 fg. und insbes. in gründlicher Weise von Windscheid Die Actio §§. 10. 11; vgl. auch Dworzak in der krit. Übersch. V S. 18 fg., Arndts Pandekt. 3. Aufl. §. 116 Anm. 4, Wetzell II § 47 und Keller Civilproz. 2. Aufl. §. 72. — Im justinian. und heutigen Recht hat die exc. r. j. überwiegend nur mehr die positive Funktion; inwiefern h. z. T. auch noch die negative Funktion dieser Einrede zur Anwendung komme, darüber vgl. folg. §.

53a) Es ist wohl zu beachten, daß die exc. r. j. auch in ihrer s. g. positiven Funktion nur negativ (klagabwehrend) wirkt, daß also ihre Wirkung stets dieselbe ist und daß die Verschiedenheit der beiden Funktionen sich nur auf die Verschiedenheit der Gründe bezieht, aus denen sie wirkt, also lediglich darauf, daß sie entweder als Organ der formellen Wahrheit, oder als Organ der Regel Bis de eadem re ne sit actio (der Klagenconsumtion) fungirt; vgl. Keller L. C. §. 28 Note 4.

54) Die Einrede der Rechtskraft („Einwendung des rechtskräftigen Urtheils") ist nach österr. Prozeßrecht in der Regel (denn vgl. §. 26 Ges. über das summar. Verf. §. 47 prov. C. P. O.) eine s. g. prozeßhindernde (litis ingressum impediens c. 1 de L. C. in VI 2, 3 — nisi de re judicata transacta seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat — c. 2 eod., vgl. die Stellen bei Österley II §. 195 Note 2). Diese Einwendung wird nach österr. Prozeßrecht geltend gemacht in Gestalt eines s. g. Rückerlags der Klage (Hofdekret 15. Jän. 1787 lit. aa, Wessely I Nr. 17, prov. C. P. O. §§. 15. 47. 91); das

durch eine neue Klage das Recht geltend zu machen versucht, welches ihm durch das frühere Urtheil bereits abgesprochen ist (Noten 25. 27. 28. 30[a]. 34); dem früheren Beklagten, wenn der frühere Kläger einen Anspruch erhebt, welcher mit der früheren gänzlichen oder theilweisen Freisprechung in Widerstreit ist. Gleich allen anderen Exceptionen (cf. l. 22 §. 1 D. de except. 44, 1) kann auch die exceptio rei judicatae nach der Lage des Rechtsstreits als Replicatio (replicatio rei judicatae) oder Duplicatio auftreten[55].

Die Einrede der Rechtskraft ist nur unter der doppelten Voraussetzung zulässig, daß derselbe Anspruch (eadem res, eadem quaestio Note 14) unter denselben Personen (inter easdem personas) erneuert wird. Die Bedingung der Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae ist somit objektive und subjektive Identität des Rechtsstreits: Identität des Gegenstands des Rechtsstreits, Identität der streitenden Parteien §. 12 a. b. G. B.[55a] (l. 3 D. h. t. 44, 2 Julianus lib. 3 Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur. l. 7 §. 4 eod. Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur —).

---

der exc. r. j. stattgebende Urtheil lautet: „der Zurückerlag der Klage finde statt" vgl. das angef. Hofdekret), während die gemeinrechtliche Formel bei prozeßhindernden Einreden, denen stattgegeben wird, dahin lautet: Beklagter sei auf die Klage sich einzulassen nicht schuldig; diese Differenz betrifft nur den Ausdruck.

55) Vgl. Keller L. C. S. 585. Ein Beispiel der replicatio rei judicatae enthält die l. 24 D. h. t. (44, 2) Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit et a domino petierit, adversus exceptionem, si non ejus sit res replicatione hac adjuvabitur, at si res judicata non sit (über diese Stelle, welche von Wächter Erört. III S. 136 mißverstanden wird, vgl. Savigny S. 427, Pfeiffer S. 252 fg., Wetzell §. 47 Note 86). Über replicatio rei judicatae gegen die Einrede der Compensation vgl. Note 33a und Savigny Obl. R. I S. 92. Als Duplikatio kann die exc. r. j. vorkommen, wenn der Beklagte mit einer (älteren) Gegenforderung compensiren will und der Kläger dagegen wieder eine (ältere) Gegenforderung vorbringt, deren Dasein bereits in einem früheren Rechtsstreit rechtskräftig verneint wurde.

55a) Mit diesem §. 12 a. b. G. B. („Die .... von Richterstühlen in besondern Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden") stimmt fast wörtlich §. 24 Thl. I des westgal. Gesetzb. überein. Darüber, daß dieser Paragraph zwei wesentlich verschiedene Punkte zusammenwirft, vgl. Bd I §. 6 Note 11.

1) Die objektive Identität[56] des Rechtsstreits besteht in der Identität des Gegenstandes desselben[56a]. Den Gegenstand der Klage resp. der Exceptio, somit des Rechtsstreits, bildet das in Anspruch genommene Recht oder Rechtsverhältniß (§. 115 Nr. I §. 125 Nr. I): eadem res (eadem quaestio) ist daher vorhanden, wenn dasselbe Recht (idem jus l. 13 D. h. t. 44, 2), welches bereits aberkannt ist, von neuem geltend zu machen versucht wird, wenn es sich also in beiden Prozessen um dasselbe Rechtsverhältniß handelt.

Wird das Verhältniß der objektiven Identität zwischen dem ersten und zweiten Rechtsstreit durch die Identität des in beiden Prozessen geltend gemachten Rechts bewirkt, so muß umgekehrt die Verschiedenheit der in Anspruch genommenen Rechte eine Verschiedenheit der Streitgegenstände erzeugen und hiemit die Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae ausschließen. Die Rechte sind aber verschieden nach ihrem Inhalt, Gegenstand (Objekt) und zum Theil auch nach ihrem Entstehungsgrund: die Verschiedenheit in einem dieser Punkte bewirkt daher die Ausschließung der Einrede der Rechtskraft, während andere Verschiedenheiten ihrer Statthaftigkeit nicht im Wege stehen.

Ihrem Inhalt und Wesen nach verschieden sind Forderungsrechte und dingliche Rechte: die Abweisung der Eigenthumsklage (Aberkennung des Eigenthumsrechts) hindert daher nicht die spätere Anstellung einer persönlichen Klage in Ansehung derselben Sache und umgekehrt, obgleich beide Klagen dasselbe praktische Objekt haben (§. 117 Note 12)[57]. Ebenso verschieden sind ihrem Inhalt nach die dinglichen Rechte untereinander (Bd I S. 523 fg.): die Abweisung der Eigenthumsklage (Aberkennung des Eigenthumsrechts) steht daher

56) Über die objektive Identität des Rechtsstreits als Bedingung der exceptio r. j. vgl. Keller L. C. und Urtheil §§. 32—36, Savigny VI §§. 296—300, Vangerow I S. 315—322, Bekker Die prozess. Consumt. §§. 18—20.

56a) In diesem Sinn nennt §. 15 prov. C. P. O. die exceptio r. j. „die Einwendung, daß der Gegenstand der Klage durch rechtskräftiges Urtheil bereits entschieden sei."

57) l. 31 D. h. t. (44, 2) Paulus respondit, ei, qui in rem egisset nec tenuisset (obtinuisset), postea condicenti non obstare exceptionem rei judicatae. Es steht daher dem abgewiesenen Eigenthumskläger, der später mit der actio depositi, commodati u. s. f. auf Herausgabe derselben Sache klagt (cf. l. 9 §. 1 l. 54 §. 3 D. de furt. 47, 2), die exceptio r. j. nicht entgegen.

der späteren confessorischen Klage auf Anerkennung des Usufructus nicht entgegen, da es sich in beiden Prozessen um ein anderes Recht (Eigenthum — Servitut) handelt[58]. Aber auch die Servituten unter sich sind nach Verschiedenheit des Inhalts verschieden: wird daher die confessorische Klage auf das Recht des Fußsteigs (iter) abgewiesen und später die Klage auf das Recht des Viehtriebs oder Fahrwegs (actus, via §. 492 a. b. G. B.) angestellt oder umgekehrt, so kann sich der Beklagte der exceptio rei judicatae nicht mit Erfolg bedienen[59]. Daher begründet auch die Entscheidung einer Besitzklage niemals die Einrede der Rechtskraft gegen die künftige Eigenthumsklage und umgekehrt[60], weil beide Rechtsverhältnisse (Besitz und Eigenthum) ganz ungleichartig sind, die Bejahung des einen mit der Verneinung des andern also nicht in Widerspruch stehen kann. Dasselbe gilt von dem Verhältniß der actio Publiciana zur rei vindicatio und umgekehrt, weil mit jener Klage das s. g. stärkere Recht zum Besitz (das relativ-bessere Recht), mit dieser das (absolute) Eigenthumsrecht geltend gemacht wird[60a].

Das Objekt (der Gegenstand) ist bestimmend für die Individualität der Rechte: gleichartige Rechte, deren Gegenstand ein verschiedener ist, sind verschiedene Rechte. Das Objekt der Rechte ist

58) Dem steht nicht entgegen die l. 21 §. 3 D. h. t. (44, 2) Si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit, exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest (cf. l. 5 pr. D. si usufr. pet. 7, 6 l. 45 pr. D. de R. J.). — Diese Stelle muß so verstanden werden, daß dem mit der rei vindicatio zurückgewiesenen Eigenthümer, der später als Eigenthümer der Sache auf Anerkennung des ususfructus (causalis) klagt, die exc. r. j. entgegenstehe, weil der Nießbrauch als pars dominii anzusehen ist, in der Aberkennung des dominium als des majus also auch die Aberkennung des auf das Eigenthumsrecht gegründeten ususfructus (conjunctus) als das minus enthalten ist (l. 113 D. de R. J.) cf. l. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14) — quemadmodum si convenerit, ne fundum peterem et usumfructum petam (obstabit exc. pacti de non petendo), vgl. Buchka I S. 141. 142 und unten Note 95. 96.

59) l. 11 §. 6 D. h. t. (44, 2) Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc, atque ideo exceptionem rei judicatae cessare.

60) l. 14 §. 3 D. h. t. (44, 2) Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in inderdicto possessio, in actione proprietas vertitur (cf. l. 12 §. 1 D. de acq. poss. 41, 2 l. 18 §. 1 D. de vi 43, 16 l. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17).

60a) Vgl. Arnold S. 293. 294.

das Objekt der Ansprüche (oben §. 108): worauf das Recht geht, darauf geht der Anspruch und die Klage (oben §. 115 Nr. I). Klagen, welche auf verschiedene Gegenstände (in diesem Sinn) gerichtet sind, sind verschieden, weil die Rechte, welche mit ihnen geltend gemacht werden, wegen der Verschiedenheit ihres Gegenstandes verschieden sind. Identität des mit der Klage angesprochenen Gegenstandes (idem corpus, eadem quantitas) ist daher Bedingung der objektiven Identität des Rechtsstreits und hiemit der Zulässigkeit der exceptio rei judicatae (l. 12 l. 13 D. h. t. 44, 2 Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem — l. 27 eod. Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis —). Es steht daher einer späteren Eigenthumsklage, womit die Sache x angesprochen wird, die exceptio rei judicatae aus einem früheren Eigenthumsstreit über die Sache y nicht entgegen[61]; dasselbe gilt, wenn zwischen denselben Personen nacheinander über verschiedene Erbschaften gestritten wird. Ebenso verhält es sich mit den Forderungsrechten: der obligatorische Anspruch, der auf etwas anderes geht, ist ein anderer; es steht daher seiner späteren Geltendmachung die rechtskräftige Abweisung eines früheren, wenngleich auf derselben faktischen Grundlage beruhenden, Anspruchs nicht entgegen[62].

---

61) Vgl. Savigny S. 444.

62) Vgl. Kierulff I S. 268. Auch aus diesem Grund steht der späteren actio furti die exceptio rei judicatae nicht entgegen, wenn der Kläger früher mit der condictio furtiva aufgetreten und vom Richter, weil dieser den behaupteten Diebstahl nicht annimmt, abgewiesen worden ist, und umgekehrt: denn die eine Klage geht auf Ersatz, die andere auf Strafe, vgl. Wetzell S. 440, Bekker S. 273 (a. A. Savigny S. 452. 453; vgl. auch Note 16. 17). Aus dem gleichen Grund steht der späteren Klage auf Eviktionsleistung die rechtskräftige Verwerfung der exceptio rei venditae et traditae nicht entgegen, weil diese gar nicht bezweckt, den auf das Interesse gerichteten Eviktionsanspruch zu realisiren l. 17 l. 18 D. de evict. (21, 2) — sed etsi opposita ea (sc. exc. rei venditae et traditae) nihilominus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex emto potest conveniri sc. venditor (Willkürliche Voraussetzungen trägt Savigny VI S. 428. 429 in diese Stelle hinein, vgl. dagegen auch Pfeiffer S. 269, Wetzell §. 47 Note 85; unbefriedigend ist auch der Erklärungsversuch von Buchka II S. 203. 204, dem Schäffer in der angef. Abh. S. 250 Note 6 beistimmt). Auch die l. 25 §. 1 D. h. t. (44, 2) setzt der actio quanti minoris die exceptio r. j. aus dem Prozeß über die actio redhibitoria und umgekehrt deßhalb entgegen, weil die actio quanti minoris etiam redhibitionem continet

Obwohl Klagen, welche auf verschiedene Objekte gerichtet sind, nicht identisch sein können, so kann dennoch unter Umständen der späteren Klage auf einen anderen Gegenstand die Einrede der Rechtskraft aus einem früheren Prozeß entgegenstehen: dann nemlich, wenn der mit der zweiten Klage angesprochene Gegenstand zu dem mit der früheren Klage geforderten Objekt im Verhältniß des Theils zum Ganzen steht[62a]. Da der Theil im Ganzen enthalten ist (in toto et pars continetur l. 113 D. de R. J.), und da der Richter berechtigt und verpflichtet ist, innerhalb des Petits auf das Minus zu sprechen (vorherg. §), so ist mit dem Ganzen zugleich jeder Theil gefordert, und liegt daher in der Verneinung des Rechts auf das Ganze zugleich eine Verneinung des Rechts auf den Theil. Die Verschiedenheit des Gegenstandes beider Klagen löst sich hiedurch in bloßen Schein auf, da der jetzt geforderte Theil im Objekt der früheren Klage enthalten, also insofern bereits Gegenstand des Prozesses und des Urtheils gewesen ist[63], vorausgesetzt jedoch, daß das Recht auf das Ganze zum Recht auf den später angesprochenen Theil in einem bedingenden Verhältniß (im Causalnexus) steht (Text zu Note 95. 96), und daß der jetzt geforderte Theil im früheren Ganzen eine solche Existenz führte, daß er selbständig Gegenstand der Anerkennung und des Zuspruchs im früheren Prozeß über das Ganze hätte sein können[64] (l. 7 pr. D. h. t. 44, 2 Si quis, quum totum petis-

---

l. 43 §. 6 D. de aed. ed. 21, 1 (vgl. Kierulff I S. 264 Note, Bekker S. 259); anders verhält es sich in diesem Fall nach österr. Recht, weil dasselbe aus älterem Mißverständniß des röm. Rechts die Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln nicht gestattet, welche stets auf Verschiedenes gerichtet sind (§. 932 a. b. G. B.). — In den Fällen, wo von Ansprüchen, die auf Verschiedenes gehen, der eine geltend gemacht wurde, kann der Richter, der denselben nicht begründet findet (z. B. den Anspruch auf Aufhebung des Vertrags, auf doppelte Rückzahlung des Angelds) im Urtheil dem Kläger ausdrücklich vorbehalten, den andern Anspruch (z. B. auf Erfüllung des Vertrags und Schadenersatz, — auf Bezahlung einer Conventionalstrafe) noch geltend zu machen (§. 326 westg. G. O. §. 299 prov. C. P. O.), also die Beschränkung der Aberkennung auf den erhobenen Anspruch deutlich aussprechen und bestimmt hervorheben.

62a) Vgl. Savigny §. 299.

63) l. 14 D. h. t. (44, 2) — Idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate et quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.

64) Daraus erklärt sich l. 7 §. 2 D. cit. Sed in caementis et tignis diversum est. Nam is qui insulam petit, si caementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere: etenim cujus

set, partem petat, exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in jure[64a]). Es steht daher dem Kläger die exceptio rei judicatae entgegen, wenn er zuerst auf 100, auf das ganze Landgut, auf die Sachen x und y, oder auf die Heerde geklagt hat und abgewiesen wurde, und später auf 60, auf einen reellen[65] (oder ideellen[66]) Theil des Landguts, auf x oder y allein[67], oder auf einzelne Stücke der Heerde klagt[68]. — Ist zuerst ein Theil eingeklagt und aberkannt worden, und wird hierauf das Ganze gefordert, so steht der späteren Klage auf das Ganze die exceptio rei judicatae nur soweit entgegen, als das Ganze jenen bereits aberkannten Theil in sich enthält[69], es müßte denn sein, daß ohne den Theil das Ganze nicht bestehen kann[70], oder daß im Theil das Ganze potentiell enthalten ist, so daß mit dem Theil über das Ganze erkannt

---

insula est, non utique et caementa sunt. Denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest; vgl. Bd I §. 52 Noten 10. 12. 22. 35; vgl. unten Note 96.

64a) cf. l. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14) l. 7 D. de jurej. (12, 2).

65) l. 7 pr. cit. (44, 2) Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso: dicendum erit exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio.

66) l. 7 pr. cit. verb. vel in jure — vel pro indiviso. cf. l. 30 pr. eod.

67) l. 7 pr. — Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio (rei judicatae). l. 21 §. 2 eod. Si Stichum et Pamphilum tuos esse petieris, et absoluto adversario Stichum tuum esse petas ab eodem, exceptionem obstare tibi constat.

68) l. 21 §. 1 D. h. t. (44, 2) Si petiero gregem et, vel aucto vel minuto numero gregis, iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio (vgl. Bd I §. 57 Note 21). Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege puto obstaturam exceptionem (Bd I §. 57 Note 49).

69) Ist z. B. die Eigenthumsklage auf den reellen Theil einer Sache (z. B. eines fundus) angestellt und abgewiesen worden, so kann später noch immer jedes andere Stück, also auch das ganze Gut mit Ausnahme des früheren Stücks wirksam eingeklagt werden; vgl. Savigny S. 450, Bekker S. 236.

70) l. 26 pr. D. h. t. (44, 2) Egi tecum jus mihi esse aedes meas usque ad decem pedes in altius tollere; post ago jus mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere: exceptio rei judicatae procul dubio obstabit. Sed et si rursus ita agam, jus mihi esse altius ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio, cum aliter superior pars jure haberi non possit, quam si inferior quoque jure habeatur; vgl. Buchka I S. 143.

ist[70a], in welchen Fällen der späteren Klage die Einrede der Rechtskraft durchaus entgegensteht. — Sind mehrere Gegenstände oder periodisch wiederkehrende Leistungen aus einem und demselben Rechtsgrund geschuldet, oder wird die geschuldete Leistung in mehrere Theile zerlegt, so steht der späteren Klage auf einen Theil oder auf eine einzelne Leistung die exceptio rei judicatae nicht entgegen, sollte gleich der Richter in dem früheren Prozeß, um über den Theil oder die einzelne Leistung zu erkennen, das Rechtsverhältniß in seiner Totalität untersucht und als nicht vorhanden befunden haben[71]. Denn so viele Theile und Leistungen, so viele verschiedene Ansprüche sind vorhanden: der Gegenstand der richterlichen Entscheidung wird aber durch den Gegenstand des Anspruchs bestimmt und begrenzt, und die Nichtanerkennung des Rechts in seiner Totalität (des Rechts auf das Ganze, soweit überhaupt von einem solchen die Rede sein kann[71a]) ist nur der Grund, nicht der Inhalt des früheren Ausspruchs über den Theil. Ist daher aus dem Legat nur die eine der vermachten Sachen gefordert worden, oder sind nur Zinsen aus einer bestimmten Zeit oder nur Raten (z. B. Darleihens- oder Kaufschillingsraten) oder Renten (z. B. Leibrenten, legirte jährliche Renten) aus einer gewissen Zeit eingeklagt worden, so steht der späteren Klage auf die andere legirte Sache oder auf Zinsen, Raten oder Renten aus einer späteren Zeit die exceptio rei judicatae nicht entgegen[72], sollte

70a) So verhält es sich mit dem erbrechtlichen Singularanspruch auf ein einzelnes Erbschaftsstück zum Anspruch auf die ganze Erbschaft, die Singularklage (actio hereditaria) ist die Klage auf den Theil, die Erbschaftsklage (hereditatis petitio) die Klage auf das Ganze: ohne das Recht auf das Ganze ist das Recht auf den Theil nicht möglich, das Absprechen dieses Rechts ist zugleich das Absprechen jenes; l. 3 l. 7 §§. 4. 5. D. h. t. (44, 2) vgl. Windscheid S. 92. 93 und unten Note 87.

71) Übereinstimmend Pfeiffer S. 267, Wetzell S. 428, für das röm. Recht Buchka I S. 307. 308; a. A. Arnold S. 268 fg. 283 fg., Vangerow I S. 321, Savigny S. 451. 452, Buchka II S. 184. 191. 192 für das heutige Recht.

71a) Vgl. Demelius Untersuch. I S. 200 fg.

72) l. 23 D. h. t. (44, 2) — Eadem erunt (sc. exc. r. j. non competit nec opposita nocet) et si quis ex bonae fidei judicio velit usuras tantum persequi; nam nihilominus futuri temporis cedunt usurae; quamdiu enim manet contractus bonae fidei current usurae. l. 1 C. de judic. (3, 1) Judicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem ejus temporis, quod non est in judicium deductum, convenire possis. cf. l. 2 eod. l. 46 §. 5 D. de adm. tut. (26, 7) l. 20 l. 21 pr. D. h. t. (44, 2)

gleich der Richter die erste Klage aus dem Grund abgewiesen haben, weil er das Rechtsverhältniß, aus welchem der Anspruch in allen seinen einzelnen Theilen abgeleitet wird, als nicht vorhanden angenommen hat[73].

Die Identität des Inhalts und des Objekts vorausgesetzt, kann eine Verschiedenheit der Rechte endlich noch durch die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes (der s. g. causa remota, causa specialis[74]) bewirkt werden[74a]. Dieß ist bei den Forderungsrechten der Fall, deren Individualität mit durch den Entstehungsgrund (die causa debendi) bestimmt wird (oben S. 363), so daß sich die einzelne Forderung von ihrer Causa nicht trennen läßt (singulas

---

cf. l. 17 §. 4 D. commod. (13, 6) Gaj. IV §§. 59. 131 l. 31 §. 16 D. de aed. ed. (21, 1). Allerdings handeln diese Stellen von der exc. r. j. in ihrer negativen Funktion (als Organ der Prozeßconsumtion), indem sie hervorheben, daß die Klage auf den einen Gegenstand oder die eine Leistung durch die Klage auf den andern Theil (auch wenn der Kläger früher gesiegt hat) nicht consumirt werde (vgl. Keller L. C. und Urth. S. 536 fg., Savigny §. 299 Note g und r. Bekker S. 239 fg.); allein der Grund, den sie angeben, daß nemlich der jetzt geforderte Theil in superius judicium nicht deducirt ist (l. 21 pr. cit. l. 1 C cit. l. 20 cit. — nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec judex in judicio sensisset), trifft eben so gut für die exc. r. j. in ihrer positiven Funktion zu, weil nur die res de qua agitur die res in judicium deducta und daher auch die res judicata sein kann, da das Urtheil immer denselben Gegenstand hat, man mag nun aufs Dasein oder den Inhalt desselben Rücksicht nehmen: das, worüber geurtheilt ist, bleibt stets dasselbe, mag man nun geltend machen, daß oder was darüber geurtheilt ist. Wenn daher z. B. ea res agitur, cujus rei dies fuit (Gaj. IV §. 136), so kann dadurch über später fällige Ansprüche nicht geurtheilt sein.

73) Es bedarf daher, um künftige Ansprüche abzuwehren, eines (aberkennenden) Urtheils über das ganze Rechtsverhältniß selbst, aus welchem der Anspruch in seinen einzelnen Theilen abgeleitet wird. Ein solches Präjudicialverhältniß kann der Beklagte durch Anstellung der Aufforderungsklage wegen Berühmung provociren; auch steht es ihm wohl frei, in dem Einredebegehren, wenn zugleich über das Rechtsverhältniß in seiner Totalität gestritten wird, einen richterlichen Ausspruch über das Nichtdasein des ganzen Rechtsverhältnisses zu verlangen. — Übrigens ist die Gefahr für die Ruhe des Beklagten bei jener Beschränkung des Umfangs der res judicata gewiß nicht vorhanden, da man auch hier sagen kann (vgl. Savigny S. 520) „daß der Kläger die Lust an oft wiederholten vergeblichen Klagen durch die Prozeßkosten theuer bezahlen müßte."

74) Unter der causa proxima actionis (l. 27 D. h. t.) ist der nächste Grund der actio, also das der Klage zu Grund liegende, mit ihr geltend gemachte Recht selbst zu verstehen, nicht etwa die Rechtsverletzung (wie Savigny S. 457 und Bekker §. 19, dem Wetzell §. 47 Note 45 beistimmt, meinen), vgl. oben §. 114 Note 1 und Brinz I S. 157.

74a) Vgl. Keller L. C. §. 35, Savigny §. 300.

obligationes singulae causae sequuntur l. 14 §. 2 D. h. t. 44, 2). Es können in Beziehung auf ein und dasselbe Objekt so viele Obligationen entstehen und bestehen, als Entstehungsgründe möglich sind: die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes macht troß der Identität des Objekts die Forderung zu einer anderen: die Verschiedenheit des obligatorischen Faktums oder Umstands erzeugt eine Verschiedenheit der obligatorischen Ansprüche. Es steht deßhalb der späteren aus einem anderen Entstehungsgrund abgeleiteten, auf denselben Gegenstand gerichteten persönlichen Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen: ist z. B. die Sache x aus einem Kaufvertrag gefordert worden, so steht der späteren aus einem Legat abgeleiteten Klage auf jene Sache die exceptio rei judicatae nicht entgegen[75]. Anders verhält es sich mit den dinglichen (überhaupt mit den absoluten) Rechten, da dieselben unabhängig von ihrem concreten Entstehungsgrund sind, und troß der Mehrheit der Entstehungsgründe das Recht, z. B. das Eigenthumsrecht an einer Sache, immer dasselbe ist[76]. Die Individualität dinglicher Rechte und Klagen wird daher durch die s. g. causa specialis (den concreten Erwerbsgrund) nicht bestimmt (oben S. 362. 363), und die Verschiedenheit der Begründungsweise macht das absolute Recht nicht

75) Dieß gilt von der exceptio rei judicatae in ihrer positiven und negativen Funktion: der Kläger mag im vorigen Prozeß gesiegt oder verloren haben, in keinem Fall steht ihm die exceptio r. j. (wenn auch vielleicht der Grundsatz der l. 57 D. de R. J.) entgegen; l. 14 §. 2 cit. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. An diesem Ort ist jedoch nur die Abweisung der früheren Klage von Interesse (über den Fall des Sieges mit der ersten Klage vgl. l. 18 D. de O. et A. 44, 7 und oben §. 117 Note 15a); l. 93 §. 1 D. de leg. III Semproniae mulieri meae reddi jubeo ab heredibus meis centum aureos, quos mutuos acceperam. Quaesitum est, si hanc pecuniam, ut debitam, Sempronia petens victa sit, an fideicommissum peti possit? Respondit secundum ea, quae proponerentur, posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum. l. 28 §. 14 D. de lib. leg. (34, 3) cf. l. 22 D. h. t. (44, 2) verb. Et si actum sit etc. (vgl. dazu l. 13 §. 2 D. de jurej. 12, 2) l. 48 §. 7 D. de aed. ed. (21, 1) l. 133 D. de V. O. Über die l. 13 pr. D. de inst. act. (14, 3) vgl. Keller L. C. S. 580, Savigny S. 457. 458.

76) l. 14 §. 2 cit. — At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. l. 159 D. de R. J. Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse. l. 3 §. 4 D. de acq. poss. (41, 2).

zu einem anderen. Der auf einen anderen Entstehungsgrund gestützten späteren Eigenthumsklage steht daher die exceptio rei judicatae entgegen, weil durch das frühere Urtheil bereits rechtskräftig festgestellt ist, daß das nunmehr aus einem andern Grund beanspruchte Eigenthumsrecht an dieser Sache dem Kläger nicht zustehe[77], es müßte denn der Eigenthumserwerb aus einem erst nach Beendigung des ersten Rechtsstreits eingetretenen Grund (causa superveniens, causa nova) abgeleitet werden[78]. Dennoch scheint schon das römische Recht die Beschränkung der Eigenthumsklage und ihrer Formel auf einen einzelnen Erwerbsgrund (expressa causa, adjecta causa) mit der Wirkung für zuläſsig gehalten zu haben, daß die spätere Klage, die auf einen anderen (gleichfalls älteren) Erwerbsgrund gestützt wird, als eine andere Klage

77) l. 11 §. 1 D. h. t. (44, 2) Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. §. 5 eod. — Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere; mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam. Nam qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit. Dasselbe gilt vom Erbrecht, welches auf Verwandtschaft, Testament oder Vertrag gegründet werden mag, l. 30 pr. D. h. t. cf. l. 11 pr. eod. vgl. Keller L. C. und Urth. S. 288. 289, Savigny S. 459 fg. Es zeigt sich hierin am deutlichsten, daß der Gegenstand des Streites und des Urtheils das Recht selbst ist; ist einmal erkannt, daß das Eigenthumsrecht an der Sache x dem A nicht zustehe, so muß jeder späteren Geltendmachung desselben die exc. r. j. entgegenstehen, weil eben dieses Recht schon rechtskräftig verneint ist; vgl. Savigny S. 454. 455.

78) l. 11 §§. 4. 5 D. h. t. (44, 2) Eandem causam facit etiam origo petitionis (die Entstehungszeit des Anspruchs, Brinz I S. 160). Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. — At si ex alia causa dominium fuerim nactus, non nocebit exceptio. Et ideo si forte sub conditione res legata mihi fuerit, deinde medio tempore acquisito dominio petam, mox existente conditione legati rursus petam, putem exceptionem non obstare; alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit. Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. l. 25 pr. eod. Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit, et postea heres factus hereditatem petit, exceptione rei judicatae non summovebitur. cf. l. 21 §. 3 verb. Si usumfructum etc. l. 14 §. 1 eod. l. 25 §. 1 l. 42 D. de lib. caus. (40, 12) l. 10 D. de except. (44, 1). Der Grund liegt darin, daß das Urtheil nur nach dem Zeitpunkt, in welchem es erlassen wird, etwas feststellen kann; vgl. Keller L. C. S. 292 fg. 398, Savigny S. 463 fg., Bekker S. 245 fg. (Gar nicht hieher gehören die öfters angeführten Fälle, wenn der zuerst wegen Mangel des Besitzes absolvirte

gilt[79]. Jedenfalls ist dieß seit langer Zeit die Auffassung der Praxis[80], und da nach heutigem gemeinem und österreichischem Prozeßrecht der Erwerbsgrund auch bei unpersönlichen (dinglichen) Klagen immer schon in der Klagschrift angeführt werden muß (§. 123 Note 19), so ist heutzutage die Wiederholung der unpersönlichen Klage (actio in rem) unter Anführung eines anderen Erwerbsgrundes überall zuläßig[80a], ohne daß der neuen Klage die exceptio rei judicatae entgegenstünde (z. B. Eigenthumsklage auf Grund der Tradition, später auf Grund der Ersitzung, Erbrechtsklage auf Grund der Verwandtschaft, später eines Testaments), da die Abweisung der auf einzelne Erwerbsgründe beschränkten unpersönlichen Klage in

---

Beklagte später von neuem belangt wird l. 9 pr. §. 1 l. 17. 18 D. h. t.; es handelt sich hier nicht um neues Recht, sondern um eine neue Richtung des alten Rechts.)

79) l. 11 §. 2 h. t. — Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione. l. 14 §. 2 eod. — at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur, vgl. l. 7 §. 2 D. de H. P. (5, 3). Puchta Rhein. Mus. II S. 251 fg. III S. 467 fg. (Kl. civil. Schrift. Nr. IX S. 170 fg.). Curs. der Inst. II §. 175 Vorles. I Beil. VIII läugnet die Möglichkeit einer Beschränkung der actio in rem durch praescriptio, indem er unter der »causa adjecta« der l. 11 §. 2 cit. einen späteren Entstehungsgrund, und unter dem Ausdruck »non expressa causa« der l. 14 §. 2 cit. den Grund der Regel (»cum non exprimatur causa«) versteht; ihm sind hierin gefolgt Zimmern Gesch. des röm. Privatr. III S. 152. 422, Buchka I S. 145 (für das röm. Recht), Vangerow I S. 321. 322, Sintenis Erläuter. I S. 220 fg. Prakt. Civilr. I §. 34 Note 46. Dagegen werden die hervorgehobenen Ausdrücke von einer Beschränkung auf den bestimmten Erwerbsgrund verstanden, also die Möglichkeit einer praescriptio pro actore nicht nur zur Theilung der klägerischen Ansprüche, sondern auch zur Theilung der Erwerbsgründe (der entfernteren Klagsgründe) behauptet von Heffter im Rhein. Mus. III S. 222 fg., Arnold S. 289 fg., Wächter Hdb. II S. 445. 561, Buchka Einfl. II S. 192 fg. (für das heutige Recht) und besonders Savigny VI S. 465 und Beil. XVII S. 514 fg.; ferner auch Bekker S. 248. 249, Brinz I S. 157. 158, Wetzell §. 47 Note 60, Keller L. C. S. 289 fg. Civilproz. Note 857, Dernburg in der Note 87 angef. Schrift §. 3 S. 28 fg. (der S. 31. 49. 50 zuerst auf die wichtige l. 7 §. 2 cit. aufmerksam gemacht hat), Schäffer in der angef. Abh. Note 3 vgl. auch Arndts §. 116 Anm. 5.

80) cf. c. 3 in VI de sent. (2, 14). „Bis vor etwa zwanzig (dreißig) Jahren wurde die Richtigkeit der Ausnahme (der Beschränkung der actio in rem auf den bestimmten Erwerbsgrund) so allgemein angenommen, daß kein Zweifel darüber wahrzunehmen war“ (Savigny S. 517. 518); über diese ältere communis opinio vgl. Buchka II S. 193.

80a) Daß die frühere persönliche oder dingliche Klage auf einen anderen Erwerbsgrund als die gegenwärtige gestützt wurde, ist möglicherweise aus den Entscheidungsgründen, sicher aber aus der Klagschrift zu entnehmen.

gleicher Beschränkung gemeint ist[81]. Der Sinn dieser Beschränkung besteht hienach darin, daß ausnahmsweise mehrere Prozesse über dasselbe dingliche (absolute) Recht aus verschiedenen Gründen (mit verschiedener Begründungsart) zulässig sind.

Die Identität des Rechts vorausgesetzt, ist die Verschiedenheit der Klagen im Übrigen ohne Bedeutung: es steht daher einer späteren Klage die exceptio rei judicatae entgegen, wenn über denselben Anspruch (dasselbe Recht) früher bereits mit einer anderen Klage gestritten und dessen Dasein rechtskräftig verneint wurde (l. 7 §. 4 D. h. t. 44, 2 — exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii l. 5 eod. — etsi diverso genere actionis). So könnte z. B. der Eigenthümer gegen den die Sache detinirenden Usufruktuar mit der rei vindicatio oder der actio negatoria auftreten[82]: ist er mit der einen dieser Klagen aus dem Grund abgewiesen worden, weil der Richter das Dasein des Eigenthums verneint oder das Dasein der Servitut bejaht hat, so steht der später angestellten anderen Klage die Einrede der Rechtskraft wirksam entgegen. Ebenso kann es sich mit mehreren Forderungsrechten verhalten, wenn sie auf denselben Gegenstand gerichtet und auf dasselbe obligatorische Faktum gegründet sind; so kann aus derselben unerlaubten Handlung eine Contraktsklage und eine Deliktsklage[83], aus demselben Faktum (ex

---

81) Vgl. Wächter Hdb. II S. 445, Kierulff I S. 257, Buchka II S. 198. 199, Wetzell II S. 431. 432, Planck Beweisurth. S. 258. 259, Bayer Vortr. S. 451 fg. 531 fg. — Savigny VI S. 516. 533 fg. erklärt (mit Unrecht; vgl. dagegen auch Heimbach S. 860. 861) eine causa non expressa angestellte rei vindicatio h. z. T. für zuläßig, und hält nicht einmal die bloße Anführung einer causa in der Geschichtserzählung für eine ausreichende Beschränkung der actio in rem auf diesen bestimmten Erwerbsgrund, sondern fordert (mit Unrecht) einen „ausdrücklichen bindenden Vorbehalt" des Klägers.

82) l. 7 pr. D. usufr. quemadm. (7, 9) verbunden mit l. 9 D. de R. V. vgl. Arndts §. 169 Anm. 3.

83) So hat der Verpfänder, Vermiether, Deponent, Commodant u. s. w, wenn der Empfänger die Sache beschädigt, die Wahl, ob er mit der Contraktsklage oder der Delikatsklage Entschädigung fordern will (oben §. 117 Note 12): ist eine dieser Klagen abgewiesen, weil der Richter nicht findet, daß der Beklagte die Sache beschädigt habe, so ist der Gebrauch der concurrirenden Klage durch die Einrede der Rechtskraft ausgeschlossen (cf. l. 28 §. 6 D. de jurej. 12, 2): es steht hier fest, daß der Kläger gegen diese Person einen Anspruch auf Entschädigung nicht habe, dieser Anspruch ist es, der aberkannt ist und daher auch alio genere actionis nicht geltend gemacht werden kann; vgl. Savigny S. 424. 425. 456. 457.

eadem causa) eine Contraktsklage und eine Bereicherungsklage entspringen[84]: ist der mit der einen Klage geltend gemachte Anspruch mit Rücksicht auf das gemeinsame obligatorische Faktum[85] als unbegründet verworfen worden, so steht der später angestellten concurrirenden[86] Klage die exceptio rei judicatae entgegen[87]. In gleicher

84) So concurrirt die condictio certi wegen Bereicherung (l. 9 pr. §. 1 D. de R. C. 12, 1 Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur — vgl. hiezu Savigny V S. 578 fg.) mit andern persönlichen Klagen, z. B. der Darleihensklage, der actio pro socio, mandati, negotiorum gestorum; l. 5 D. h. t. De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat: de eadem re agit. Recteque ita definietur, eum demum de re (eadem) non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur: ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea re agere (über diese Stelle und ihre ursprüngliche Bedeutung vgl. Buchka Einfl. I S. 97, Savigny §. 296 Note b, Windscheid S. 79); cf. l. 28 §. 4 D. de jurej. (12, 2) und dazu Bekker S. 260.

85) Anders also, wenn der Richter die Contraktsklage bloß deßwegen abgewiesen hat, weil er den Contrakt, also das Vertragsverhältniß, welches durch die Handlung verletzt worden sein soll, als nicht vorhanden annimmt, (vgl. Wächter Erörter. III S. 52 Note 48 S. 60 Note 57. 58, Schäffer in der angef. Abh. S. 251): hier verneint er nicht den Anspruch auf das Geforderte (z. B. auf die Entschädigung) aus dem betreffenden Umstand überhaupt, sondern nur den daraus abgeleiteten Vertragsanspruch cf. l. 28 §. 8 D. de jurej. (12, 2). Auch in diesen Fällen pflegt man im Urtheil dem Kläger vorzubehalten, seinen Anspruch aus einem andern Grund geltend zu machen (§. 326 westg. G. O. §. 299 prov. C. P. O.).

86) Andere Fälle dieser Art sind Concurrenz der actio communi dividundo mit der actio pro socio wegen der praestationes personales l. 38 §. 1 D. pro soc. (17, 2) cf. l. 43 eod., der actio negotiorum gestorum mit der actio mandati u. s. f. Das Concurrenzverhältniß ist also für die exceptio rei judicatae dann aber auch nur dann von Bedeutung, wenn beide Ansprüche auf dasselbe Objekt gehen und aus demselben Faktum entspringen, welches nur unter verschiedene Gesichtspunkte gebracht werden kann.

87) Ein ähnliches Concurrenzverhältniß besteht zwischen der Erbschaftsklage und den erbrechtlichen Singularklagen (vgl. hierüber Dernburg Über das Verhältniß der H. P. zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852), indem der Erbe sein Recht auf die Erbschaft im Ganzen oder stückweise durch Anstellung der Universalklage (heredit. petit.) oder der einzelnen actiones hereditariae (l. 37 D. de A. vel O. H. 29, 2 l. 59 D. de R. J. vgl. über diesen Begriff Arndts §. 464 Anm. 4 Beiträge I S. 2 in der Note und im R. L. Bd IV S. 2 Note 12) gegen den Erbschaftsbesitzer (oder Erbschaftsschuldner als juris possessor) geltend machen kann: ist hier die eine Klage aus dem Grund, weil der Richter das Erbrecht als nicht vorhanden annimmt, abgewiesen worden, so steht der nachfolgenden Klage die exc. r. j. entgegen, weil das Dasein des Erbrechts bereits rechtskräftig verneint ist

Weise verhält es sich, wenn jemand dieselbe Forderung einmal als Cessionar, das anderemal als Erbe geltend macht, vorausgesetzt, daß im ersten Prozeß das Dasein der Forderung selbst verneint wurde: in beiden Prozessen handelt es sich um dasselbe Recht[87a].

Eine naturgemäße Erweiterung findet die Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae in jenen Fällen, in welchen ein Anspruch geltend gemacht wird, über den an sich (unmittelbar) zwar noch nicht geurtheilt ist, der sich aber auf ein anderes bereits aberkanntes Recht oder Rechtsverhältniß stützt: steht der jetzt erhobene Anspruch zu dem früheren im Verhältniß von Folge und Grund, so wird die Klage durch die Einrede der Rechtskraft ausgeschlossen, weil das Begründete ohne den Grund nicht bestehen kann, mit dem Fundamentalanspruch also zugleich mittelbar alle Ansprüche verworfen sind, deren Nichtvorhandensein sich als eine logische Consequenz aus der Verneinung ihrer Voraussetzung ergibt[88]. Dieß ist der Fall, wenn der früher abgeurtheilte Anspruch für den jetzigen Anspruch präjudiciell ist, wenn also das verneinte Recht das bedingende für das jetzt geltend gemachte Recht ist: besteht das bedingende Rechtsverhältniß nicht, so kann auch das bedingte nicht existiren. Ist daher das Miteigenthum oder das Miterbrecht aberkannt worden, so steht der späteren Theilungsklage die Einrede der Rechtskraft entgegen[89]; ist das Hauptrecht (z. B. die Capitalforderung) aberkannt worden,

---

und in beiden Prozessen nur mit verschiedenen Klagen (diverso genere judicii) über dasselbe Recht gestritten wird. l. 3 l. 7 §. 4. 5 D. h. t. l. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14), vgl. Noten 70a und 95, ferner Bekker S. 233. 235 und Windscheid S. 94 fg.

87a) Vgl. Wächter §. 73 Note 54. Ist im vorigen Prozeß bloß die Cession verneint worden, so steht der späteren Klage auf Grund der Erbfolge die Einrede natürlich nicht im Weg; vgl. Note 85.

88) Vgl. Buchkal S. 293, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. S. 352 fg., Windscheid S. 94 fg. 106 fg.

89) l. 8 D. h. t. Item parte fundi petita (si) familiae herciscundae vel communi dividundo, agit, aeque exceptione summovebitur. l. 11 §. 3 eod. l. 25 §. 8 D. fam. ercisc. 10, 2 (vgl. zu dieser Stelle Keller L. C. S. 364—366); wohl mit Unrecht meint Windscheid S. 94 (vgl. auch Bekker S. 256), daß in diesen Fällen die spätere Klage dasselbe verlangt, was bereits die frühere verlangt hatte, daß also derselbe Anspruch, nicht eine Voraussetzung des jetzt geltend gemachten Anspruchs, abgeurtheilt worden sei: die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus l. 7 D. si pars hered. (5, 4) und zeigt sich sofort, wenn man an einen Sieg des Klägers mit der ersten Klage denkt; vgl. auch Keller L. C. und Urthl. S. 277.

so ist die Klage auf das Nebenrecht (z. B. die Capitalzinsen, oder das Pfandrecht) ausgeschlossen[90]; ist das Eigenthumsrecht am Grundstück verneint worden, so steht der Condiction der Früchte, sowie der confessorischen Klage rücksichtlich einer Prädialservitut die exceptio rei judicatae im Weg[91]; dasselbe gilt, wenn ein Status aberkannt ist, in Ansehung aller aus demselben abgeleiteten Ansprüche[92]; in der Verneinung des Eigenthumsrechts an einer Sache liegt zugleich eine Verneinung des Rechts am Zuwachs[93], an den Früchten und Erzeugnissen dieser Sache[94] u. s. f. Ebenso verhält es sich, wenn ein Theil angesprochen wird, nachdem das Ganze aberkannt ist, und die spätere Klage auf das Recht am Ganzen gestützt wird: werden Theil und Ganzes aus gleichem Recht beansprucht, so ist mit dem Ganzen auch jeder Theil abgesprochen, weil das Recht am Theil als Ausfluß des Rechts am Ganzen zu betrachten ist[95]. Wird dagegen die spätere Klage auf einen selbständigen Rechtsgrund gestützt,

---

90) l. 13 D. quib. mod. pign. (20, 6), vgl. Bd I S. 602.

91) cf. l. 16 l. 18 D. de except. (44, 1).

92) l. 7 D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3) l. 1 §. 4 D. de liber. exh. (43, 30).

93) l. 26 §. 1 D. h. t. Item si fundo petito postea insula, quae e regione ejus in flumine nata erit, petitur, exceptio obstat. l. 33 §. 1 D. de usufr. (7, 1), so weit sich diese Stelle auf die accrescirende Portion der Proprietät (nicht auch des Usus fructus cf. l. 14 §. 1 D. h. t. 44, 2) bezieht; zu dieser Stelle vgl. Keller L. C. und Urthl. S. 278 fg., Windscheid S. 98. 99, Wetzell Note 43. 92.

94) l. 7 §. 1 D. h. t. l. 7 §. 3 eod. steht dem nicht entgegen, da diese Stelle wohl von einem siegenden Kläger zu verstehen ist; vgl. Buchka I S. 141, Vangerow I S. 318. 319, Bekker S. 237. 238. 247 (der aber auch die l. 26 §. 1 cit. von einem siegenden Kläger versteht und daher einen Widerspruch zwischen Ulpian l. 7 §. 3 cit. und African l. 26 §. 1 cit. annimmt), Wetzell Note 41. 92. — Über die vielbesprochene l. 7 h. t. vgl. Savigny Beil. XVI, Bekker S. 336. 337.

95) Vindicirt daher jemand zuerst ein Haus, ein Grundstück, ein Schiff und später einzelne Balken, Bäume oder Planken, so steht die exc. r. j. entgegen, wenn die spätere Vindikation der Theile auf das Eigenthum am Ganzen gegründet wird l. 7 pr. D. h. t. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream vel lapides petat. Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem. cf. l. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14), vgl. Bd I §. 52 Note 35. — Ebenso verhält es sich, wenn zuerst die Erbschaftsklage angestellt und abgewiesen wurde und hierauf einzelne Erbschaftsgegenstände mit Singularklagen verfolgt werden, da auch hier die Theile kraft des Rechts auf den ganzen Nachlaß gefordert werden l. 3 l. 7 §. 4. 5 D. h. t. cf. l. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14) l. 22 §. 8 D. rat. rem 46, 8 (vgl.

so steht ihr die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, weil der Theil nicht als solcher, sondern als Selbständiges beansprucht wird[96].

2) Die zweite Bedingung der Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft besteht in der subjektiven Identität des Rechtsstreits, also darin, daß der frühere und der spätere Rechtsstreit unter denselben Personen, wenngleich mit veränderten Parteirollen, geführt wird (inter easdem personas l. 3 l. 7 §. 4 cit. 44, 2)[97]. Aus einem zwischen anderen Personen gesprochenen rechtskräftigen Urtheil kann in der Regel weder für noch wider einen Dritten die Einrede der Rechtskraft abgeleitet werden; §. 12 a. b. G. B. (l. 2 C. quib. res jud. 7, 56 Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare. — l. 2 C. de except. 8, 36 — Nam exceptio rei judicatae ei demum obstat, vel successoribus ejus, inter quos cognitum super ea re et pronuntiatum est.)[97a]. Daß sich dieß nicht bloß bei obligatorischen Rechtsverhältnissen so verhält[98], sondern daß auch bei Prozessen über absolute Rechte (z. B.

Dernburg S. 56 fg. S. 121. 122); ebenso, wenn zuerst das Eigenthumsrecht und dann auf Grundlage desselben der Usufrukt (also der s. g. usufructus causalis, conjunctus) geltend gemacht wird cf. l. 21 §. 3 D. h. t. (44, 2) l. 4 D. de usufr. (7, 1) l. 27 §. 8 D. cit. vgl. Note 58.

96) Daraus erklärt sich die l. 7 §. 2 D. h. t. (Note 64) und dazu Buchka I S. 137 fg., Arnold S. 279 (der auffallender Weise unter insula eine Insel versteht), Vangerow I S. 318, Bekker S. 236. 237. 337, Windscheid S. 95 Note 30; vgl. Bd I §. 52 Note 12. 22; daher kann der abgewiesene Eigenthumskläger immer noch den Usufruktus als selbständiges Recht (s. g. usufructus formalis) geltend machen, ohne daß ihm die exc. r. j. entgegensteht, wie Wetzell Note 41 aus Mißverständniß der l. 21 §. 3 D. h. t. meint, welche nur von dem Fall spricht, wenn der (siegende? cf. l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6) Reivindicant ex illa causa ex qua fundus suus est den Usufrukt in Anspruch nimmt; Note 95 vgl. Bekker S. 233—235.

97) Über die subjektiven Voraussetzungen der exceptio rei judicatae vgl. Keller L. C. und Urthl. §§. 37—48, Kierulff I S. 303 fg., Arnold S. 304 fg., Savigny VI §. 301, Vangerow I S. 322 fg., Bekker §§. 16. 17, Wetzell II S. 422—426.

97a) cf. l. 1 l. 22 l. 29 D. h. t. l. 63 D. de re judic. (42, 1) l. 31 D. de judic. (5, 1) l. 11 §. 3 i. f. D. de jurej. (12, 2) l. 1 C. int. al. act. (7, 60).

98) l. 22 D. h. t. (44, 2) Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei judicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit —. cf. l. 31 D. de jud. (5, 1) Si petitor plures heredes reliquerit,

Eigenthums-[99] und Erbrecht[99a]) die Rechtskraft des Urtheils diese in persönlicher (subjektiver) Beziehung beschränkte Wirksamkeit hat, erklärt sich daraus, daß das Recht als Rechtsanspruch zum Prozeß gebracht und abgeurtheilt wird, und daß das Recht in der Gestalt als Anspruch (res) stets einen relativen (obligationsähnlichen) Charakter annimmt. Die Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nicht nur für und gegen die Personen, welche den früheren Prozeß geführt haben[100], sondern auch für und wider ihre Rechtsnachfolger (Universal- und Singularsuccessoren, l. 2 C. cit. 8, 36 — vel successoribus ejus[101]), und überhaupt für und gegen diejenigen Personen, welche ihr Recht von dem Recht eines früheren Streittheils ableiten (oben §. 72 Note 11 §. 74 Note 3[102]), nachdem über dieses bereits das rechts-

---

unusque eorum judicio egerit, non erit verum, totam rem, quae in priore judicio fuerit, deductam esse: nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito coherede perducere potest l. 63 cit. verb. Nam scientibus nihil etc. l. 2 C. cit. 7, 56 vgl. Keller L. C. S. 356 fg.

99) l. 63 D. de re jud. (42, 1) — Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior: quia neque ex eo jure, ex quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus jure suo utatur.

99a) Wenn also A gegen B die Erbrechtsklage anstellt und verliert oder siegt, so steht dem C, der mit der Erbrechtsklage gegen A auftritt oder belangt wird, die Einrede nicht entgegen oder zu; cf. l. 11 §. 3 i. f. D. de jurej. (12, 2) — Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, nihil mihi jusjurandum prodesse. Ebenso wenn zwischen dem Testamentserben und einem Legatar über die Gültigkeit des Testaments oder Legats gestritten wurde und nunmehr ein anderer Legatar gegen denselben Erben klagt l. 1 D. h. t. Keller L. C. S. 390.

100) Da h. z. T. das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung gilt (oben §. 90), so kann von einem Übergang der Rechtskraft vom Stellvertreter auf den Dominus keine Rede sein, und es kommen einfach die allgemeinen Grundsätze von der rechtskräftigen Vertretung im Prozeß zur Anwendung (vgl. Savigny Note e, Wetzell II S. 424); nach röm. Recht war die Frage, von welchen Personen und gegen welche eine Klage in judicium deducirt werden könne und welchen Einfluß die prozessualische Stellvertretung auf die subjektiven Beziehungen der res judicata habe, schwieriger zu beantworten (l. 4 l. 11 §. 7 l. 25 §. 2 D. h. t.) vgl. hierüber Keller L. C. §§. 39—44.

101) Es ist also die exceptio rei judicatae eine s. g. exceptio rei cohaerens l. 7 §. 1 D. de except. 44, 1 (vgl. oben §. 125 Nr. IV) d. h. eine Einrede, welche nicht durch die im Prozeß als Parteien auftretenden Personen bedingt ist, sondern welche am Anspruch selbst haftet, gleichviel von wem oder gegen wen er geltend gemacht wird (vgl. Bekker S. 326).

102) l. 28 D. h. t. (44, 2) Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in do-

kräftige Urtheil ergangen war[103], da sie in ein bereits rechtskräftig festgestelltes Rechtsverhältniß (an die Stelle eines Siegers oder Besiegten) eintreten, in Beziehung auf welches sie mit ihren Vormännern (Auktoren)[104] als eadem persona gelten, und da der Nachfolger einerseits ebenso viel, anderseits nicht mehr Recht haben kann, als der Vormann zur Zeit des Urtheils[105]. Nur auf einer conse-

minium successit ejus, qui judicio expertus est (vgl. Bekker S. 212). l. 9 §. 2 eod. Julianus scribit, exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emtorem transire solere — (Note 104). l. 11 §. 3 h. t. — agenti tibi mecum familiae erciscundae exceptio obstabit, quia res judicata sit inter te et venditorem meum —. l. 25 §. 8 D. fam. hercisc. (10, 2). l. 11 §. 9. 10 D. h. t. (40, 2) arg. l. 63 D. de re jud. (42, 1) verb diversa causa (Note 99; vgl. Keller L. C. §. 45.

103) Die Einrede der Rechtskraft steht also dann dem Rechtsnachfolger nicht entgegen, wenn der derivative Erwerb vor dem Prozeß über das Recht des Auktors stattgefunden hat, weil das Urtheil nur für den Zeitpunkt, in welchem es erlassen wird, etwas aussprechen kann, und der Vormann immerhin in früherer Zeit das Recht gehabt haben mag; l. 3 pr. D. de pign. (20, 1) Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probat, aeque servanda erit creditori actio Serviana, probanti, rem in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse —. l. 29 §. 1 D. h. t. Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore (Note 105a) causam egerit, et contrariam sententiam acceperit: creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam praecesserit. l. 11 §. 10 D. h. t. Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pignoratitia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem ante quam peteret, non oportet ei nocere exceptionem; nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pignoratitiam actionem. Sed si postea quam petit pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei judicatae.

104) Nicht aber auch umgekehrt: es steht die Einrede der Rechtskraft dem Vormann nicht zu noch entgegen, wenn der frühere Prozeß mit seinem Rechtsnachfolger geführt wurde, weil eben der Auktor sein Recht nicht vom Successor ableitet. l. 9 §. 2 l. 10 D. h. t. Julianus scribit, exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emtorem transire solere, retro autem ab emtore ad auctorem reverti non debere. Quare si hereditariam rem vendiderit, ego eandem ab emtore petiero et vicero, petenti tibi non opponam exceptionem: At si ea res judicata non sit inter me et eum cui vendidisti. (l. 10) Item si victus fuero, tu adversus me exceptionem non habebis.

105) l. 3 §. 1 D. de pignor. (20, 1). Per injuriam victus apud judicem rem, quam petierat, postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest quam habet, qui pignus dedit. Ergo summovebitur rei judicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est. l. 11 §. 9 D. h. t. (44, 2).

quenten Fortbildung desselben Verhältnisses beruht die erweiterte Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae in jenen Fällen, wo eine Partei, welche zunächst dazu berufen ist, einen Rechtsstreit als Kläger oder Beklagter zu führen, derjenigen Person, von welcher sie ihr Recht ableitet und die hiemit selbst am Ausgang des Streites interessirt ist, die eigne selbständige Führung des Prozesses überläßt[105a]: hierin liegt eine Anerkennung der fremden Prozeßführung, deren Erfolg für jene Partei eben so entscheidend ist, als ob sie selbst den Rechtsstreit geführt hätte[106]. Wird z. B. der Besitzer einer erkauften

105a) Nach österr. Recht genügt es aber nicht (wie nach gemeinem Recht l. 63 De de re judic. 42, 1 l. 29 §. 1 D. h. t. 44, 2), daß jemand wissentlich seinen Auktor einen Prozeß führen läßt, dessen Ausgang implicite auch über sein Recht entscheidet, sondern es wird vorausgesetzt, daß der Auktor mit Wissen und Willen desjenigen, der von ihm sein Recht ableitet, den Prozeß führt, also gleichsam ex persona et mandatu des Successors klagt, da der Nachmann, der bloß von der Prozeßführung des Auktors Kenntniß hat, nach österr. Prozeßrecht kein Recht zur accessorischen Intervention (und Appellation) hat, wie nach gem. Recht (l. 63 cit. l. 4 §§. 2—4 D. de appell. 49, 1), in seinem Schweigen (Noninterveniren) also eine Anerkennung der fremden Prozeßführung, eine Einwilligung, daß auch über sein Recht entschieden werde, nicht gefunden werden kann: die Verschiedenheit der prozessualischen Grundsätze über die accessorische Intervention zieht hier (wie auch bei Klagen aus dem Erbrecht) eine Verschiedenheit des subjektiven Umfangs der Rechtskraft nach sich. (Daß die Rechtskraft des Urtheils dem accessorischen Intervenienten nutzt und schadet, erklärt sich daraus, daß er Nebenpartei im Prozeß ist.) Der Hauptfall wird daher immer der der Vertretungsleistung sein, wenn der Nachmann als Kläger oder Beklagter seinen Auktor auffordert, Vertretung zu leisten (§ 58 A. G. O. §. 26 prov. C. P. O.), und dem hiezu bereiten Vormann „die Führung allein ohne seine Einschreitung überläßt" (§. 59 A. G. O. §. 26 prov. C. P. O.). Aber auch in der Weise kann sich der Fall ereignen, daß z. B. der Verkäufer, nicht über Vertretungsaufforderung des Käufers, dennoch aber mit dessen Willen und Wissen als Eigenthumskläger gegen den Besitzer der verkauften Sache auftritt (vgl. Keller §. 45 Note 25), indem er etwa dem Käufer von der beabsichtigten Prozeßführung Nachricht gegeben und dieser sich hiemit einverstanden erklärt hat: das Urtheil, welches in diesem Prozeß gefällt wird, muß der Käufer auch gegen sich gelten lassen, und es steht ihm daher die exceptio r. j. entgegen, wenn er später die rei vindicatio gegen denselben Besitzer anstellt.

106) l. 63 D. de re jud. (42, 1) Saepe constistutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest —. Cur autem his (Note 99) quidem scientia (Note 105a) nocet — ? Illa ratio est quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit,

Sache von einem Dritten mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommen und überläßt er die Prozeßführung dem um Vertretungsleistung angegangenen eviktionspflichtigen Verkäufer, so erstrecken sich die Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils nicht bloß auf den prozeßführenden Verkäufer, sondern auch auf den Käufer[107].

Ausnahmsweise erstreckt sich jedoch in bestimmten Fällen die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils auch auf andere Personen, welche weder bei dem früheren Rechtsstreit als Partei betheiligt waren, noch von einem Streittheil ihr Recht ableiten. Soweit diese Fälle ganz spezieller Natur sind (Klagen aus dem Erbrecht, confessorische und negatorische Klagen bei Miteigenthümerschaft am herrschenden oder dienenden Grundstück, Klagen aus Correalobligationen) sind sie im besondern Theil bei den betreffenden Materien darzustellen und ist daselbst im Einzelnen zu untersuchen, ob auch nach österreichischem Recht die Ausnahme eintritt oder nicht etwa die Regel zur Anwendung zu bringen ist. Allgemeinerer Natur ist nur der Fall, wenn über den Status einer Person gestritten wird[108]: das in diesem Streit (z. B. über die eheliche oder außereheliche Vaterschaft) gefällte Urtheil hat regelmäßig eine allgemeine (absolute) Geltung (jus facit inter omnes)[109]; doch kann der Dritte, der selbst für

---

judicatum est —. cf. c. 25 X de sent. (2, 27) Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios judicata, ei tamen qui, quum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit, experiri, est praejudicium generatum. Über die interessante l. 63 cit. vgl. Keller L. C. S. 368 fg., Savigny S. 476 fg., Freudentheil „Über Rechtskraft gegen Dritte" im civ. Arch. Bd XLII (1859) Nr. V S. 84 fg. (der mit Recht gegen Savigny hervorhebt, daß es in allen Fällen der l. 63 cit. keinen Unterschied macht, ob der Auktor als Kläger oder Beklagter auftritt).

107) l. 63 cit. — Scientibus sententia, quae inter alios dicta est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur; veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae aut possessor venditorem de proprietate rei emtae —.

108) Vgl. hierüber Keller L. C. §. 47, Savigny S. 471 fg.

109) l. 1 §. 16 l. 2 l. 3 pr. D. de agnosc. et alend. (25, 3) — Quae causa si fuerit acta apud judicem et pronuntiaverit, cum de hoc ageretur, quod ex eo (mulier) praegnans fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit sive fuit esse suum (l. 2) in omnibus causis, quare et fratribus suis consanguineus erit. (l. 3) Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem jus facere —

sich dieses Verhältniß (z. B. die Paternität) in Anspruch nimmt, von der Verfolgung seines Rechts durch die exceptio rei judicatae nicht ausgeschlossen werden[110].

V. Wie die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils einerseits darin besteht, daß man einen Anspruch nicht wieder geltend machen kann, der in einem früheren Rechtsstreit aberkannt worden ist, so besteht sie andererseits darin, daß man das Recht, welches dem Gegner in einem früheren Prozeß zuerkannt worden ist, nicht wieder bestreiten darf[111]. Es ist dieß nur die andere Seite der Wirkung der materiellen Rechtskraft des Urtheils, wonach das streitige Rechtsverhältniß definitiv als daseiend oder nichtdaseiend festgestellt ist. Macht man mit der exceptio rei judicatae (in ihrer positiven Funktion) den verneinenden Inhalt eines früheren Urtheils geltend, so beruft man sich hier auf den bejahenden Inhalt eines früheren Erkenntnisses: dort stützt man seine Behauptung, daß das angesprochene Recht nicht existire, hier die Behauptung, daß es existire, auf eine frühere gerichtliche Entscheidung (z. B. auf die pronuntiatio rem actoris non esse — rem actoris esse)[112]. Der Partei, deren Recht durch ein rechtskräftiges Urtheil anerkannt ist, ist somit eine Berufung auf dasselbe zur Begründung ihres Anspruchs gestattet: das gefällte

l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 3 (Anders bei der Entscheidung durch den Eid in jure cf. l. 3 §§. 2. 3 D. de jurej. 12, 2) l. 25 D. de statu hom. (1, 5) Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res judicata pro veritate accipitur. l. 14 D. de jure patron. (37, 14). Dieß erkennen auch unsere Schriftsteller an; vgl. Pratobevera Mater. Bd II S. 37—40, Winiwarter Comment. I S. 95, Stubenrauch I S. 105.

110) l. 1 l. 5 D. si ingen. (40, 14) l. 42 D. de lib. caus. (40, 12) vgl. Keller L. C. S. 396—399, Sintenis I §. 34 Note 33, Vangerow I S. 324 Nr. 7 und insbesondere Wächter Hdb. S. 571. (Die für das gemeine Recht aufgestellte Bedingung der absoluten Wirksamkeit des Urtheils über persönliche und Familienverhältnisse, daß es nicht in contumaciam gefällt worden sei, gilt nach österr. Recht wohl nicht.)

111) Vgl. insbesondere Windscheid Die Actio S. 109 fg. 118, Dworzak in der krit. Übersch. V S. 23, Arndts §. 116 (3. Aufl.).

112) Während die exceptio r. j. sowohl aus einem verurtheilenden als aus einem freisprechenden Urtheil entspringen kann und sich ihrer unter Umständen beide Parteien bedienen können, kann sich auf ein früheres günstiges Urtheil nur der Kläger berufen, da nur über sein Recht im Urtheil eine Pronuntiatio ergeht: der Beklagte könnte auf ein früheres freisprechendes Urtheil sich nur in den Fällen der Note 38 zur Begründung seiner Klage berufen (cf. l. 11 §. 1 l. 13 §. 1 D. de jurej. 12, 2).

Urtheil enthebt sie von der Verpflichtung, ihr Recht zu beweisen, da dessen Existenz bereits rechtlich gewiß (unbestreitbar) ist[113]. Eine solche Berufung auf ein früheres Urtheil zur Begründung des beanspruchten Rechts ist in allen jenen Fällen gestattet, in welchen dem Gegner, falls jene Partei unterlegen wäre, die exceptio rei judicatae zustünde. Es ist daher der Kläger vom Beweis der rechtskräftig anerkannten Voraussetzung des gegen den früheren Gegner (oder dessen Rechtsnachfolger)[113a] erhobenen Anspruchs befreit: das Urtheil über das präjudicielle Recht legitimirt den Kläger zur Klage auf das bedingte Recht[114]. So legitimirt das günstige Urtheil über die eheliche oder außereheliche Kindschaft (Vaterschaft, oben §. 115 Note 16) zur Alimentationsklage[115], das günstige Urtheil über die elterliche Gewalt zur Klage auf Herausgabe der Kinder (§. 145 a. b. G. B.)[116], das günstige Urtheil über das Eigenthum zur Condiction der Früchte, zur Klage auf den Zuwachs, zur confessorischen Klage wegen einer Prädialservitut, das günstige Urtheil über das Miteigenthum oder Miterbrecht zur Theilungsklage[117], über das Hauptrecht zur Klage auf das Nebenrecht u. s. f.

113) arg. l. 11 §. 3 D. de jurejur. (12, 2) Si, quum de hereditate inter me et te controversia esset, juravero, hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset, perindeque haberi quod juratum est, atque si probatum esset. l. 12 eod. — si petiissem a te hereditatem et probassem meam, nihilominus ab altero petendo id ipsum probare necesse haberem. Es verhält sich also mit dem rechtskräftigen Urtheil in ähnlicher Weise wie mit dem gerichtlichen Geständniß (Windscheid S. 111): wie dieses, so enthebt jenes von der Verpflichtung zu beweisen, da die fragliche Behauptung unbestritten und der Richter verpflichtet ist, den Inhalt des früheren Urtheils seinem eigenen Urtheil zu Grunde zu legen. Wie man aber das gerichtliche Geständniß häufig (jedoch mit Unrecht) zu den Beweismitteln zählt, so pflegt man auch das Urtheil in diesem Sinn (mit gleichem Unrecht) zu den Beweismitteln zu rechnen (auch Dworzak a. a. O. spricht „von Allegirung des Urtheils als Beweismittel mit Ausschluß des Gegenbeweises"); treffend sagt Planck Mehrheit der Rechtsstreit. S. 185: res judicata beweist nicht für die neue Entscheidung, sondern macht sie unmöglich".

113a) Mit Unrecht will Arnold S. 322. 323 in diesen Fällen dem Urtheil in subjektiver Beziehung eine absolute Wirksamkeit beilegen.

114) Vgl. Wetzell II S. 438.

115) l. 1 §. 16 l. 2 l. 7 D. de agn. et alend. lib. (25, 3) vgl. Savigny in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd VI S. 237.

116) arg. l. 1 §. 4 D. de lib. exh. (43, 30) cf. l. 8 §. 1 D. de in jus voc. (2, 4).

117) l. 16 l. 18 D. de except. (44, 1) — nec permittere petitori prius,

Zur Begründung einer neuen Klage und als Basis des in dem späteren Prozeß zu fällenden Urtheils kann das frühere Urtheil dienen [118], wenn der Kläger sein bereits rechtskräftig anerkanntes Recht gegen den früheren Gegner (oder dessen Rechtsnachfolger) von neuem klagweise [118a] geltend zu machen genöthigt ist; so wenn die dem Eigenthumskläger zuerkannte und restituirte Sache später wieder in die Hände des früheren Beklagten kommt [119], oder wenn im früheren Prozeß dem Kläger das Eigenthumsrecht zuerkannt und der Beklagte nur aus dem Grund absolvirt wurde, weil es sich später herausstellte, daß er die Sache nicht besitze [120], oder weil er selbst ein Recht

---

quam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri. l. 1 §. 1 D. fam. herc. (10, 2) vgl. auch l. 50 §. 1 D. de leg. I.

118) Nach Analogie der actio in factum, welche das röm. Recht auf Grund eines gerichtlichen Geständnisses oder Eides gab l. 1 §. 1 l. 22 D. de interr. (11, 1) l. 9 §§. 1. 6. 7 l. 11 §§ 1—3 D. de jurej. 12, 2 (vgl. hierüber Savigny VII §. 311, Keller Civilproz. §. 64, Pfeiffer S. 254—256); dagegen wurde im röm. Recht das rechtskräftig Entschiedene in der Formel für den neuen Prozeß gewiß nicht als Basis der Condemnation bezeichnet, also eine neue Klage zur Geltendmachung des anerkannten Rechts auf Grund des früheren Urtheils nicht gegeben; vgl. hierüber Puchta Pandekt. §. 293, Pfeiffer in der angef. Abh. S. 244—257 (der jedoch S. 248. 252 viel zu weit geht), vgl. auch Windscheid S. 110. 111 und Heimbach S. 833 fg.

118a) Wie als Klagegrund so kann die res judicata auch als Einredegrund benützt werden, indem der jetzige Beklagte seine Compensationseinrede auf das frühere seine Gegenforderung anerkennende Urtheil stützt, vgl. Wetzell S. 436.

119) In diesem Fall ist gegen die neue Störung eine neue Eigenthumsklage nöthig und es kann nicht etwa sofort um Exekution gebeten werden (vgl. Pfeiffer S. 248. 249): die neue Klage wird aber auf das frühere das Recht anerkennende Urtheil basirt; vgl. auch Zeiller II S. 216. 217, Stubenrauch I S. 807. — Anders verhält es sich bei der actio confessoria und negatoria, da hier die prohibitive Tendenz dieser Klagen in die Zukunft reicht (Untersagung künftiger Eingriffe §. 457 prov. C. P. O.), daher wegen einer neuen Störung keine neue Klage nöthig ist, sondern sofort um Exekution gebeten werden kann (vgl. Wetzell S. 408. 429).

120) l. 9 pr. §. 1 D. h. t. (44, 2) Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem. (§. 1). Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitorem judicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum oportere de re secundum se judicata. l. 17 l. 18 D. h. t. l. 16 §. 5 D. de pign. (20, 1) l. 8 pr. D. rat. rem. (46, 8) cf. l. 4 §. 7 D. de dol. mal. exc. (44, 4); über diese vielbesprochenen Stellen vgl. Keller L. C. §. 36 §§. 70—72 und Bekker S. 251 fg. 269 fg. 317 fg. — Es wird hier vorausgesetzt, daß der

hat, die Sache zu besitzen (l. 9 D. de R. V. Note 44). Ebenso verhält es sich bei Obligationen, wenn die erste Klage bloß eine Anerkennungsklage war (§. 115) und der Gläubiger nunmehr auf Erfüllung dieser vom Richter anerkannten Obligatio klagt [120a]. In gleicher Weise kann aber auch der mit Unrecht absolvirte Schuldner, der aus Irrthum [121] die Schuld bezahlt hat, die Rückforderung des Gezahlten (condictio indebiti) auf das frühere die Forderung (per injuriam aberkennende Urtheil stützen, da durch dasselbe definitiv festgestellt ist, daß die fragliche Schuld nicht bestehe [122].

Richter nicht bloß den Kläger wegen Mangels des Besitzes des Beklagten abgewiesen, sondern daß er im Urtheil das Recht des Klägers ausdrücklich pronuntiirt hat; vgl. Keller S. 296. 297. (Jene Stellen enthalten doch immerhin auch einen indirekten Beleg für die positive Funktion der exc. r. j.: denn wäre im früheren Prozeß pronuntiirt worden, rem actoris non esse, so stünde der späteren Eigenthumsklage sicher die Einrede der Rechtskraft entgegen, trotz der alia res. Im Fall der l. 9 §. 1 cit. bringt der Kläger durch die replicatio rei secundum se judicatae den wahren Inhalt des früheren Urtheils dem Beklagten gegenüber zur Geltung, der sich darauf beruft, Kläger sei mit diesem Anspruch bereits abgewiesen worden, so daß hier der Unterschied des Rechts und des Rechtsanspruchs hervortritt, während Kläger sich im Fall der l. 9 pr. l. 17 l. 18 D. h. t., also wenn im früheren Prozeß über das Recht selbst nicht gesprochen wurde, gegen die exc. r. j. bloß darauf berufen kann, daß res alia, also die angestellte Klage nicht consumirt sei.)

120a) Enthält etwa (Note 38. 112) das Urtheil einen direkten Ausspruch über das Recht des Beklagten, so kann auch dieser hierauf nach Bedürfniß seine Klage gründen cf. l. 11 §. 1 D. jurejur. (12, 2).

121) d. h. unbekannt mit der Existenz des absolutorischen Urtheils; beträfe der Irrthum den Inhalt des früheren Urtheils, indem der Schuldner (oder dessen Erbe) verurtheilt zu sein glaubt, während er in der That absolvirt ist und den Schuldner zahlt, um das vermeintlich condemnatorische Urtheil zu erfüllen, so hat er unzweifelhaft die condictio indebiti; auf jenen Irrthum über die Existenz des (absolutorischen) Urtheils überhaupt beziehen sich die Worte sua sponte in der l. 28 D. de cond. ind. (12, 6) vergl. Savigny Obl. R. I S. 88. 89, Pfeiffer in der Note 122 angef. Abh. S. 345. 346 und Wetzell §. 47 Note 8.

122) Es bleibt also nach österr. Recht im Fall der (ungerechten) Freisprechung des Schuldners auch nicht eine naturalis obligatio über. Nach gemeinem Recht ist diese Frage bekanntlich lebhaft bestritten, wegen der (scheinbar oder wirklich) widerstreitenden Stellen l. 28 D. de cond. indeb. (12, 6) Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. l. 60 pr. eod. Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, qui nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet — l. 13 D. quib. mod. pign. (13, 6) — nam et si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. Als Vertheidiger der Fortdauer einer naturalis obligatio vgl. insbes. Buchka I S. 315 fg. (für das röm. Recht), Savigny V S. 376. 387 fg. Obl. R. I S. 81 fg., Fein im civ.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß das frühere Urtheil nicht über die Grenzen des Umfangs seiner materiellen Rechtskraft hinaus zur Begründung einer neuen Klage dienen kann: nur soweit die frühere Entscheidung reicht, kann sie zur Fundirung eines neuen Klaganspruchs benützt werden. Ist daher über das bedingte Recht gestritten und dasselbe anerkannt worden, so kann dieses günstige Urtheil dennoch nicht zur Grundlage für die Klage auf das bedingende (präjudicielle) Recht benützt werden, da nur über jenes, nicht über dieses gesprochen ist (Note 21. 23). Das Gleiche gilt dann, wenn auf einzelne wiederkehrende (periodische) Leistungen (z. B. auf fällige legata annua, Leibrenten, Alimente, Capitalszinsen, Pachtgelder) geklagt ist und das Urtheil sich auf die concrete fällige Leistung beschränkt: klagt der Kläger später auf eine seither verfallene Leistung, so kann er sich nicht auf das frühere günstige Urtheil berufen, sollte gleich das Rechtsverhältniß im Ganzen bestritten und untersucht worden sein, sondern er muß sein Recht von neuem darthun, weil das frühere Urtheil eben bloß den concreten (damals fälligen) Anspruch anerkannt hat[123]. Um dieser Inconvenienz zu entgehen, kann der Kläger, selbständig oder in Verbindung mit dem Anspruch auf eine fällige Leistung, auf Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, welches die allgemeine Grundlage der einzelnen Ansprüche ist, im Ganzen klagen[124], und dann in künftigen Prozessen diese richterliche

---

Arch. Bd XXV Nr. 7. 13, Puchta Pandekt. §. 293, Bekker Die prozess. Consumt. S. 285 fg., als Gegner derselben Wächter Erört. III S. 135 fg., Vangerow I S. 304 fg., Kierulff I S. 43 Note* und Buchka II S. 200. 201 (für das heutige Recht), Arndts §. 271; vgl. auch Pfeiffer im civil. Arch. Bd XXXVIII S. 331—350, der zwar die Fortdauer der naturalis obligatio läugnet, aber auch die Zulässigkeit der Benützung der res judicata zur Begründung der neuen Klage (condictio indebiti) in Abrede stellt.

123) Vgl. Note 71. 73. Auch hier würde die entgegengesetzte Annahme (Arnold S. 268 fg. 273 fg. 283 fg.) weit über die Absicht und Erwartung der Parteien hinausgehen; z. B. der Beklagte, der auf Zahlung einer fälligen Zinsrate geklagt ist, läßt sich contumaciren: er erfährt nun, daß seine Verpflichtung zu fortdauernder Zinsenzahlung rechtskräftig feststehen soll! Der hier vertretenen Ansicht ist auch Schuster Theoret. prakt. Comment. I S. 191—193, indem auch er hervorhebt, daß der Gegenstand des ersten Rechtsstreits nur die bereits verfallene, nicht aber die noch nicht verfallene Rate war, in Rücksicht welcher daher auch das Urtheil nichts entscheiden konnte.

124) Vgl. oben §. 115 Note 20, Pfeiffer im civ. Arch. Bd XXXVII S. 258—261, Bähr Die Anerkennung §. 69.

Anerkennung seiner neuen Klage auf die seither verfallenen Leistungen zu Grunde legen[125].

b) Die Wirkungen des condemnatorischen Urtheils insbesondere. Die Judicatsobligatio.

§. 133. Das condemnatorische Urtheil im eigentlichen Sinn (§. 131 Note 12) enthält ein Doppeltes: die Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs und den Auftrag an den Beklagten (resp. an den Kläger in den Fällen, wo auch dieser verurtheilt werden kann) zur Vornahme einer bestimmten Handlung. Durch die Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung (condemnatus, ut pecuniam solvat, ut rem restituat etc.) entsteht für den Beklagten eine neue obligatorische Verbindlichkeit: die Verpflichtung den richterlichen Leistungsauftrag zu erfüllen. Diese Verpflichtung entspringt unmittelbar aus dem rechtskräftigen Urtheil, aus dem richterlichen Befehl, welchem kraft staatlicher Einrichtung diese bindende Kraft innewohnt[1], wenn sie gleich mittelbar sich auf den Willen und die Thätigkeit des Verurtheilten selbst zurückführen läßt, der sich in den Prozeß eingelassen und hiemit alle Folgen desselben auf sich genommen hat[2]. Der Beklagte, welcher bisher in der Prozeßobligatio stand

125) Unter Umständen kann aber der Kläger auch auf Verurtheilung des Beklagten zur Entrichtung nicht nur der bereits fälligen, sondern auch der zukünftigen (noch nicht fälligen) Prästationen klagen, so daß er im Fall des Sieges im jedesmaligen Zeitpunkt der Fälligkeit sofort um Exekution bitten kann (vgl. Pfeiffer S. 259): während also in den Fällen des Textes nur ein Urtheil ergeht, auf welches gestützt der Sieger den späteren Anspruch erheben kann, der erst durch ein neues Urtheil zuerkannt und exekutionsfähig wird, ist hier der Anspruch auf jede einzelne künftige Leistung selbst schon anerkannt und exekutionsfähig: dort enthält das Urtheil in Ansehung der künftigen Prästationen ein praejudicium, hier eine condemnatio. Dieser letztere Weg wird bei uns in der Regel bei Alimentationsklagen eingeschlagen, indem Petit und Urtheil gewöhnlich dahin lautet, Beklagter sei schuldig, die bis zur Rechtskraft des Urtheils verfallenen Raten binnen 14 Tagen vom Tag der Rechtskraft des Urtheils, die künftigen Alimentationsbeträge aber monatlich vorhinein (§. 1418 a. b. G. B.) bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

1) l. 35 D. de nox. act. (9, 4) — si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet; tenet enim condemnatio. l. 16 §. 6 D. de pign. (20, 1) — semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi. l. 4 §. 7 D. de re jud. (42, 1) — ea obligatione liberatus est, quae ex causa judicati descendit. l. 9 §. 8 D. de pecul. (15, 1) l. 37 §. 6 D. de oper. libert. (38, 1).

2) Insoferne erscheint die Judicatsobligatio als mit der Litiscontestation begründet, als Produkt des judicium acceptum, und „als Entwickelung und

(oben §. 127), steht nunmehr in der Judicatsobligatio, deren rechtlichen Grund das Urtheil bildet, welches der Condemnirte zu erfüllen verpflichtet ist (— si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri — post litem contestatam debitorem condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere Gaj. III §. 180): der verurtheilte Beklagte schuldet nunmehr ex causa judicati, er ist Urtheilsschuldner geworden.

Das Verhältniß dieser Obligatio, quae ex causa judicati descendit (l. 4 §. 7 D. de re jud. 42, 1), zu dem obligatorischen Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand des Rechtsstreits und der richterlichen Entscheidung gebildet hat, ist folgendes. Die neue Obligatio tritt nicht an die Stelle der alten Obligatio, sondern zu ihr hinzu: das Urtheil hebt den früheren Anspruch nicht auf, den es vielmehr anerkennt und definitiv feststellt, sondern es fügt zu dem alten Anspruch noch den neuen auf Erfüllung des Judicats hinzu. Der Schuldner ist nach der Condemnation verurtheilter Schuldner (judicatus debitor l. 13 §. 4 D. de pign. 20, 1): als Schuldner steht er in der ursprünglichen Obligatio (z. B. in der Darlehensobligatio), als Verurtheilter steht er in der Judicatsobligatio: er ist zugleich Darleihensschuldner und Urtheilsschuldner. Der Sieger hat sonach zwei Ansprüche, der Verurtheilte schuldet aus zwei Rechtsgründen: aber die beiden Ansprüche gehen auf ein und dasselbe, die beiden Obligationen haben denselben Inhalt und Gegenstand. Es

Vollendung der durch die Litiscontestation begründeten Obligatio", das Urtheil aber als die Erfüllung der Bedingung derselben l. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1) l. 2 §. 8 D. de her. vend. (18, 4) l. 8 §. 3 D. de fidej. (46, 1); vgl. Bekker S. 293 fg. 298 fg., Wetzell §. 47 Note 4. Dieß tritt besonders deutlich hervor, wenn man sich denkt, daß A und B übereinkommen, ihre Streitsache durch den (Schieds-) Richter entscheiden zu lassen, und B dem A verspricht, das Geforderte unter der Bedingung zu leisten, daß der Richter dem A Recht gibt, also das Urtheil zu erfüllen verspricht (vgl. §. 382 prov. C. P. O.). Ein solches Versprechen kam im röm. Recht wirklich vor in Gestalt der stipulatio judicatum solvi Gaj. IV §§. 89. 91 cf. l. 6. 17. 19. 21 D. jud. solvi (46, 7). Dabei übersah man aber doch nie die andere Auffassung (vgl. Keller in der allgem. Literaturzeit. 1846 S. 359, Windscheid Die Actio S. 60), wonach das Urtheil (der richterliche Zahlungsbefehl) selbst die Grundlage der neuen Obligatio ist (Note 1), und es hatte daher der Sieger die Wahl zwischen der judicati actio und der Stipulationsklage gegen den Beklagten resp. die Bürgen (l. 8 §. 3 D. de novat. 46, 2 l. 38 §. 2 D. de solut. 46, 3 l. 28 §. 8 D. de jurej. 12, 2), vgl. Savigny VI S. 27 fg., Keller Civilpr. §. 56.

findet sonach ein Concurrenzverhältniß statt: soweit das eingeklagte Recht reicht, so weit reicht das Urtheil, und worauf das Recht geht, darauf geht auch das Urtheil. Während somit formell zwei Rechtsansprüche vorhanden sind, ist materiell nur Ein Anspruch vorhanden (z. B. der Anspruch auf Restitution der dem Kläger gehörigen Sache, auf Rückzahlung der geliehenen Summe), der aber durch das Urtheil eine neue Grundlage, ein neues rechtliches Fundament erlangt. Der Verurtheilte, der das Urtheil erfüllt, erfüllt hiemit zugleich seine ursprüngliche Obligatio (eandem pecuniam in duas causas solvit cf. l. 38 §. 2 D. de solut. 46, 3); der Sieger, dessen Judicatsanspruch befriedigt wird, empfängt hiemit zugleich die Befriedigung seines eingeklagten und anerkannten Anspruchs. Die Judicatsobligatio hebt somit die mittelst der Klage geltend gemachte Obligatio nicht auf, diese verwandelt sich nicht in jene, sondern die neue Obligatio kommt zu dem ursprünglichen Rechtsverhältniß, dasselbe bestärkend und mannigfache Vortheile gewährend, hinzu: das Urtheil bewirkt nicht eine Novation (im technischen Sinn, s. g. novatio privativa)[3], sondern erzeugt eine Obligatio, welche zu der früheren accessorisch hinzutritt[4]. Es bestehen daher auch nach

---

3) Bekanntlich hat man wegen Gaj. III §. 180 und l. 3 C. de usur. rei jud. 7, 54 (— novatur judicati actione prior contractus) lange Zeit eine novirende Kraft des Urtheils angenommen (so insbes. Keller L. C. §. 25 und Civilpr. §. 60. 71, Puchta Pandekt. und Vorles. §. 99 §. 292): allein so wenig die Litiscontestation eine Novation bewirkt (vgl. oben §. 127 Note 36), so wenig bewirkt das condemnatorische Urtheil eine solche; vgl. Sintenis Prakt. Civilr. Bd I S. 338 (der jedoch Note 10 mit Unrecht läugnet, daß das Urtheil Entstehungsgrund einer neuen Obligatio sei; vgl. dagegen auch Buchka Einfl. II S. 77 fg.), Wächter Erört. III S. 35 fg. 47 fg. Handb. S. 552, Savigny VI §. 258 Note f S. 307 fg., Buchka II S. 209 fg., insbes. aber Bekker §. 23 S. 293 fg. 300 fg., vgl. auch Windscheid Die Actio §. 12. — Auch unter den österr. Schriftstellern herrscht lebhafter Streit darüber, ob das Urtheil eine Novation bewirke oder nicht; vgl. hierüber die Anmerk.

4) Es verhält sich mit dem Urtheil in dieser Beziehung ebenso, wie mit dem Vergleich (Risch Die Lehre vom Vergleich §. 4 Note 6 §. 21 Note 11), dem Anerkennungsvertrag (Bähr Die Anerkennung §§. 13. 45) u. s. f.: es tritt in allen diesen Fällen eine neue Obligatio zu der alten, nicht novirend (dieselbe aufhebend), sondern accessorisch (dieselbe bestärkend), hinzu. — Will man den unpassenden Ausdruck einer s. g. novatio cumulativa (uneigentlichen Novation) beibehalten, der eine contradictio in adjecto enthält, weil eben prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio nicht stattfindet, die alte Obligatio durch die neue also nicht perimirt wird (l. 1 pr. D. de novat. 46, 2 §§. 1376. 1377

dem rechtskräftigen Urtheil Bürgschaften und Pfänder fort, welche für das im Urtheil anerkannte Rechtsverhältniß bestellt worden sind [5]; die Mora, in welche sich der Schuldner in Ansehung der eingeklagten Obligation befand, wird durch das rechtskräftige Urtheil nicht purgirt [6], und die früher laufenden Zinsen, insbesondere die Vertragszinsen [7], gehen unverändert und ununterbrochen bis zur Zahlung der Capitalsschuld fort [8].

---

a. b. G. B., vgl. Puchta Vorles. §. 21, Bähr §. 13 Note 15, Arndts §. 269 Anm. 3), so kann man immerhin sagen, daß das Urtheil eine cumulative Novation bewirke, indem dieß eben nichts anderes heißt, als daß die alte Obligatio nicht aufgehoben, sondern eine neue zu ihr hinzugekommen sei (l. 2 D. de novat. 46, 2 — duae erunt obligationes cf. l. 29 eod.).

5) l. 13 §. 4 D. de pign. (20, 1) Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est. — Nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem. l. 8 C. de pign. (8. 14) l. 8 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1) l. 28 C. de fidejuss. 8, 41. (Im vorjustinianischen Recht wurden die Bürgen schon durch die Litiscontestation befreit, in Folge der hiemit eingetretenen Klagenconsumtion; vgl. Bekker S. 182 fg. 287 fg.) l. 29 D. de nov. (46, 2) — neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem excercentes sed meliorem l. 86 l. 87 D. de R. J. vgl. Hofdekret 12. Okt. 1790 lit. b (Wessely I Nr. 1198) und §. 1390 a. b. G. B.; vgl. auch Keller L. C. §. 10.

6) l. 3 pr. D. de usur. (22, 1) — si, antequam ad judicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat; vgl. Mommsen Beiträge III S. 336. 337.

7) Der Schuldner z. B., der aus einem zu 6% aufgenommenen Darlehen zur Rückzahlung des Capitals und der Zinsen verurtheilt wird, muß diese 6 Procent auch nach rechtskräftigem Urtheil bis zur Bezahlung des Capitals fortentrichten; das Urtheil geht denn auch dahin, Beklagter sei schuldig, das Capital binnen 14 Tagen, die geschuldeten Zinsen aber von dem und dem Tag an bis zum Zahlungstag, das heißt bis zur Rückzahlung des Capitals (nicht bis zum Ablauf der Urtheilsfrist, wie Turnes in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1848 II S. 40. 41 irrigerweise meint), zu bezahlen (cf. l. 1 C. de sent. 7, 46 Cum judicem, quoad pecunia condemnationis soluta fuisset, de pendendis usuris legem dixisse profitearis, non contra juris formam sententiam datam palam est). Ebenso verhält es sich mit den Verzugszinsen, welche nach heutigem Recht (Note 8) bis zur Zahlung der Schuld geleistet werden müssen, ohne daß ihr Lauf durch das Urtheil unterbrochen wird; vgl. Mommsen Beitr. III S. 247.

8) Die „ganz eigenthümliche, sehr willkürliche" Vorschrift des justinian. Rechts (l. 13 D. de usur. 4, 32 l. 1—3 C. de usur. rei judic. 7, 54), wonach vom Augenblick des rechtskräftigen Urtheils der bisherige Zinsenlauf durch vier Monate gehemmt und nach Ablauf dieses Zeitraums nicht der frühere Zinsenlauf

Die neue durch das Urtheil erzeugte Obligatio ist in formeller Beziehung unabhängig von dem eingeklagten und im Urtheil anerkannten Rechtsverhältniß und unterliegt daher einer selbständigen rechtlichen Beurtheilung[9]. Es gilt denn auch für den Judicatsanspruch in mannigfacher Beziehung anderes Recht als für den Anspruch, welcher mittelst der Klage geltend gemacht wurde, die zum richterlichen Urtheil geführt hat[10]. So geht der Judicatsanspruch aktiv und passiv auf die Erben über, wenngleich der ursprüngliche Anspruch unvererblich war[11]. Insbesondere aber unterliegt der klagbare Judicatsanspruch (die actio judicati) einer selbständigen Ver-

fortgesetzt wird, sondern, ohne daß es einer Mahnung bedarf, 12procentige Zinsen von der früheren Capitalsschuld (nicht auch von den früheren Zinsen) bezahlt werden müssen, ist im gemeinen Recht nicht aufgenommen worden. „Es bleibt also nunmehr bei einem unveränderten Fortgang der früher laufenden Zinsen, insbesondere der Prozeßzinsen, wo solche zur Anwendung kommen, auch nachdem ein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist", Savigny S. 412. 413, Wächter §. 73 Note 28, Wetzell II S. 443. — Anders verhält es sich in allen diesen Beziehungen bekanntlich im Fall einer wirklichen Novation l. 8 pr. l. 18 l. 27 D. de novat. (46, 2) l. 11 §. 1 D. de pign. act. (13, 7) l. 29 §. 1 D. de V. O. (45, 1) §. 1378 a. b. G. B.

9) In dieser Beziehung heißt es in l. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1) — non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. Übrigens kommen für die Judicatsobligatio die gewöhnlichen Obligationsregeln zur Anwendung. So insbesondere der Grundsatz (§. 888 a. b. G. B.), daß mehrere Obligirte (Verurtheilte) pro parte haften, l. 43 D. de re jud. (42, 1) l. 1. 2 C. si plur. (7, 55), vgl. Savigny Obl. R. I S. 158. 159, Arndts §. 213 (3. Aufl.) Anm. 1; ebenso ist in Ansehung der Judicatsobligatio eine Mora möglich, welche mit dem unbenützten Ablauf der dem Schuldner vom Richter gesetzten Paritionsfrist beginnt, vgl. Mommsen Beiträge III S. 60. 61. 64; deßgleichen kann die Judicatsforderung novirt (l. 4 §. 4 D. h. t. 42, 1 l. 40 pr. D. de minor. 4, 4 l. 2 C. de exc. r. j. 7, 53) und unzweifelhaft compensando geltend gemacht werden (vgl. Wetzell S. 436); sie ist vererblich (l. 6 §. 3 l. 29 l. 44 D. h. t. 44, 2) und kann cedirt werden.

10) Nach röm. Recht gehört auch der Fall hieher, wenn der Inhaber eines Peculiums aus Verbindlichkeiten, welche gegen den Gewalthaber mit der actio de peculio nicht geltend gemacht werden können, verurtheilt ist: die judicati actio ist gegen den Gewalthaber zulässig l. 3 §. 11 D. de pec. (15, 1) — judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati —.

11) l. 6 §. 3 D. h. t. (42, 1) Judicati actio — heredi et in heredem competit. Aus diesem Grund müssen Geldstrafen, wenn der Verstorbene bereits rechtskräftig verurtheilt war, auf die Erben übergehen; §. 548 a. b. G. B. (Die hierüber bestandene Controverse — vgl. zuletzt Stubenrauch II S. 278 — ist in neuester Zeit durch die a. h. Entschl. v. 30. März 1859 R. G. Bl. Nr. 52 in befriedigender Weise gelöst worden.)

jährung von 30 resp. 40 Jahren (§§. 1479. 1484 a. b. G. B. vgl. oben §. 122 Note 38)[12], mag gleich die frühere Klage einer kürzeren Verjährung unterworfen gewesen sein[13], weil es eben ein anderer Anspruch und eine neue Klage ist, um deren Verjährung es sich handelt[14]. Trotz dieser formellen Selbständigkeit identificirt sich in materieller Beziehung die neue Judicatsobligatio mit dem eingeklagten Rechtsverhältniß. Der Judicatsanspruch ist auf Erfüllung des Urtheils gerichtet; das Urtheil aber hat denselben Inhalt und Gegenstand, wie der eingeklagte und anerkannte Anspruch. Die Judicatsforderung (actio judicati) macht nicht einen materiell neuen Anspruch geltend, sondern in ihr kommt der alte im Urtheil anerkannte Anspruch zu neuer Erscheinung und Geltung. Es verändert somit der eingeklagte Anspruch durch das condemnatorische Urtheil seinen materiellen Charakter nicht; die Judicatsobligatio empfängt vielmehr ihren concreten Stoff von dem Anspruch, welcher den Gegenstand des Rechtsstreits und des Urtheils ausmacht, und tritt

12) Vgl. Unterholzner I §. 125 II §. 267, Buchka Einfl. II S. 80, Savigny V S. 324. 325, Wächter Erörter. III S. 50 Note 47 Handb. §. 73 Note 36, Schirmer in der Note* zu Unterholzner I S. 445.

13) Es gilt dieß insbesondere auch dann, wenn im Urtheil Zinsen zugesprochen worden sind: obwohl die einzelnen Zinsraten in drei Jahren verjähren (§. 1480 a. b. G. B.), so verjährt doch der Judicatsanspruch (die actio judicati) auf Erfüllung des Urtheils, also auf Bezahlung der im Urtheil zugesprochenen Zinsen erst in dreißig Jahren (§. 1479 a. b. G. B.). In dieser Beziehung hat unter unseren Schriftstellern vielfach Zweifel und Streit geherrscht, welcher in neuester Zeit durch die a. h. Entschließung v. 30. Mai 1858 (R. G. Bl. Nr. 105) in befriedigender Weise gelöst worden ist; vgl. die Anmerk.

14) Die Verjährung der actio judicati beginnt mit dem Ablauf der zur Befolgung des Urtheils bestimmten Frist (§§. 299. 300 A. G. O. §. 300 prov. C. P. O.) cf. l. 7 D. h. t. (44, 2) Intra dies constitutos — judicati agi non potest — cf. 4 §. 5 eod. (Mit Unrecht behauptet Wächter Hdb. II §. 73 Note 37, daß die Urtheilsfrist den Lauf der Verjährung nicht hinausschiebe; dagegen spricht entschieden die angef. l. 7; die l. 16 §. 1 D. de compens. 16, 2 bestimmt nur, daß man mit einer Forderung immerhin compensiren könne, wenn man sie gleich wegen eines aus Billigkeitsrücksichten — humanitatis causa — zugestandenen Aufschubs noch nicht einklagen könne; vgl. Dernburg Compens. S. 430. 431 und oben §. 116 Note 13). — Ist die Verurtheilung auf ein pati oder non facere (Dulden oder Unterlassen) gerichtet (§. 457 prov. C. P. O.), so ist die actio judicati erst dann nata, wenn (aber auch so oft) der Verurtheilte die zuwiderlaufende Handlung unternommen hat. Ebenso wird die actio judicati immer von neuem fällig, wenn das Urtheil den Beklagten zur Zahlung künftig verfallender Raten bei Androhung der Exekution condemnirt: hier ist die actio judicati nata, so oft eine Prästation fällig wird. Vgl. auch oben §. 120 Note 7.

dadurch erst aus ihrer allgemeinen abstrakten Unbestimmtheit heraus: der Inhalt der Judicatsobligatio ist nach dem Inhalt der ursprünglichen Obligatio zu beurtheilen[15]. Zinsen insbesondere, welche im Urtheil zugesprochen worden sind, verlieren dadurch diese Eigenschaft nicht: die Schuld bleibt nach wie vor eine Zinsenschuld, und die rechtlichen Grundsätze für die Behandlung der Zinsen kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Zinsen aus dem Urtheil gefordert werden können[16].

Während das condemnatorische Urtheil in dieser Weise durch Erzeugung einer neuen accessorischen Obligatio positiv wirkt, übt

15) In diesem Sinn heißt es: causam et originem judicii, non judicii potestatem praevalere l. 33 pr. D. de donat. (39, 5). Es kann daher das s. g. beneficium competentiae nicht bloß gegen den ursprünglichen Anspruch, sondern auch gegen die actio judicati geltend gemacht werden l. 33 pr. cit. — Sed et condemnatus ex causa donationis in actione judicati non frusta desiderat, in quantum facere potest conveniri. cf. l. 41 §. 2 D. de re jud. (42, 1) l. 17 §. 2 D. sol. matr. (24, 3). Ebenso können nach röm. Recht auch noch der actio judicati die exceptio Sc. Macedoniani et Vellejani entgegengesetzt werden (l. 11 D. de Sc. Mac. 14, 6), weil eben mit der Judicatsklage nicht ein materiell neuer Anspruch, sondern der alte im Urtheil anerkannte Anspruch realisirt wird.

16) Da die Zinsenschuld durch das Urtheil nicht novirt wird, sind auch Judicatszinsen (Urtheilszinsen, Verzugszinsen wegen Nichterfüllung des Urtheils) nur vom Capital, nicht auch von den aufgelaufenen und im Urtheil zugesprochenen Zinsen zu bezahlen, §. 998 a. b. G. B.; l. 3 C. de usur. (7, 54) — usuras secundum naturam judicati condemnatum compelli solvere, sed tantummodo sortis et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt. Cum enim jam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo hujusmodi machinatio possit induci. — — Et ideo sancimus — sortis tantummodo usuras — ex judicati actione profligari, non autem usurarum quantascunque usuras — et non ideo, quod forsitan consummata est quantitas sortis et usurarum, totius summae usuras postea colligi, sed sortis tantummodo. (Über das starke Argument, welches in dieser Stelle gegen die novirende Kraft des Urtheils liegt, vgl. insbesondere Wächter Erörter. III S. 48. 49.) Mit Unrecht behaupten manche unserer Schriftsteller, indem sie irrigerweise dem Urtheil novirende Kraft zuschreiben, daß die eingeklagten Zinsen durch das Urtheil die Eigenschaft von Zinsen verlieren, indem sie „neues Capital ausmachen, welches durch das Urtheil begründet sei", und wollen daher dem Gläubiger einen Anspruch auf Verzugszinsen von den im Urtheil zuerkannten rückständigen Zinsen einräumen; so Winiwarter in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1842 I S. 318 Comment. IV S. 206, Stubenrauch III S. 202 Note †. S. 303 Nr. 5 (der übrigens mit sich selbst S. 564 in Widerspruch ist), Ellinger Hdb. ad §. 998 (Die entgegengesetzte Bestimmung des A. L. R. I 11 §. 821 stellt sich als eine Ausnahme von der Regel des §. 818 dar, wonach Zinsen von Zinsen nicht gefordert werden dürfen; vgl. Förster Klage und Einrede S. 188.)

es zugleich eine negative (zerstörende) Wirkung aus, indem es die zum Prozeß und zur richterlichen Entscheidung gebrachte Klage consumirt. Im heutigen Recht tritt die Klagenconsumtion erst mit dem definitiven Urtheil ein[17]. Die Klage, als die rechtliche Möglichkeit einen Anspruch mittelst selbständigen Angriffs geltend zu machen (oben §. 113), also das Moment der Klagbarkeit, ist verbraucht (aufgezehrt, consumirt), sobald die Klage angestellt worden ist und zu einem definitiven, condemnatorischen oder ab actione absolvirenden[17a], Urtheil geführt hat. Diese Consumtion der Klage durch das Urtheil tritt nicht besonders hervor, wenn das Urtheil ein freisprechendes ist, da der Beklagte im Fall einer Erneuerung des Anspruchs mit der exceptio rei judicatae nicht so sehr geltend macht, daß über diesen Anspruch bereits einmal gestritten und geurtheilt wurde, und aus diesem Grund eine Wiederholung des Rechtsstreits unzuläßig sei, sondern sich vielmehr darauf stützt, daß das Nichtdasein des neuerlich geltend gemachten Anspruchs bereits rechtskräftig festgestellt sei. Bei einem verurtheilenden Erkenntniß wird die Klagenconsumtion zu selbständiger Bedeutung gelangen und sich praktisch fühlbar machen, wenn dem Kläger, obwohl er gesiegt hat, dennoch im Urtheil nicht Alles zugesprochen werden konnte, was er bei umfangreicherer Stellung der Klage und des Petits[18] oder bei

17) Im classischen römischen Recht trat bekanntlich die Klagenconsumtion schon mit der Einleitung des Prozesses (der Litiscontestation) ein: die Klage ward dadurch consumirt, daß der Anspruch in judicium deducirt wurde (vgl. oben §. 127 Note 34 fg.). Was sich im späteren Recht geändert hat, ist nicht das Prinzip der Klagenconsumtion, sondern die Ursache, an welche diese Wirkung geknüpft ist: im heutigen Recht wirkt nicht mehr die Einleitung des Prozesses (der Litiscontestation), sondern erst das Urtheil consumirend: nicht mehrere Klagen, sondern mehrere Erkenntnisse de eadem re sind unzuläßig. Es gibt keine Prozeßconsumtion (d. h. Consumtion der Klagen durch den Prozeß als solchen) mehr, wohl aber eine Consumtion der Klagen durch das Urtheil; vgl. Bekker S. 116—119, und oben §. 127 Note 35.

17a) Wird der Beklagte nur ab instantia absolvirt, so steht der späteren Erneuerung der Klage nichts entgegen §. 33 I. de act. (4, 6) Buchka, Einfl. II S. 29 fg.; anders nach classischem röm. Recht (vgl. Bekker §. 7), da es damals hieß: Eine einmal angestellte Klage kann nicht wieder angestellt werden, während es später und h. z. T. heißt: Eine einmal abgeurtheilte Klage kann nicht wieder angestellt werden.

18) Dieß ist der Fall, wenn der siegreiche Kläger mit der neuen Klage Accessionen fordern will, die im früheren Prozeß nicht eingeklagt waren, folglich auch weder zu- noch aberkannt werden konnten, und deren wegen eine selbständige Klage nicht stattfindet: hier steht der Wiederholung der alten Klage die exceptio

sorgfältigerer Prüfung und Erwägung des geltend gemachten Rechtsverhältnisses[18a] hätte erlangen können. Hier steht der erneuerten Klaganstellung behufs Erreichung dessen, was das vorige Urtheil nicht gewähren konnte, die Regel: Bis de eadem re ne sit actio entgegen, welche durch die exceptio rei judicatae zur Geltung gebracht wird, die also noch im heutigen Recht in negativer Funktion, als Organ der Klagenconsumtion, zu wirken bestimmt ist[19]. Soweit aber das condemnatorische Urtheil reicht, wird der eintretende Verlust der ursprünglichen Klage[20], welche ihre Aufgabe erfüllt und ihren Zweck vollständig erreicht hat, durch die neue Klage, welche

---

rei judicatae in negativer Funktion entgegen (Bd I §. 66 Note 37). So nach röm. und österr. Recht in Ansehung der Prozeßkosten (Bd I §. 66 Note 38): sind die Prozeßkosten nicht mit der ersten Klage gefordert worden, so steht der Erneuerung der Klage auf diese „Nebengebühren" die exc. r. j. entgegen; §. 403 A. G. O. §. 583 prov. C. P. O.; l. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) Terminato transactoque negotio, posthac nulli actio neque ex rescripto super sumptuum petitione praestetur. — Post absolutum enim dimissumque judicium nefas est litem alteram consurgere ex primae litis materia. Nach röm. Recht gehört auch der Anspruch auf die rechtlichen Folgen der Mora, insbesondere auf die Verzugszinsen hieher (l. 4 C. depos. 4, 34 l. 13 C. de usur. 4, 32 cf. l. 4 C. de jud. 3, 1); nach österr. Recht dagegen findet in diesen Fällen eine selbständige Klage statt (Bd I S. 606), allein es ist nöthig, in der ersten Klage sich den Anspruch auf die Accessionen ausdrücklich vorzubehalten (cf. l. 3 C. cit. 7, 51), da sonst aus dem Stillschweigen des Gläubigers auf einen Verzicht auf die Geltendmachung der Folgen der Mora zu schließen wäre (vgl. Mommsen Beitr. III S. 330. 331).

18a) Z. B. A fordert mit einer Klage 100 von B und erlangt ein günstiges Urtheil; später findet er, daß er aus demselben Rechtsverhältniß wohl 120 hätte einklagen können: hier steht der Wiederanstellung derselben Klage zur Bewirkung der reichlicheren Condemnatio die exc. r. j. in negativer Funktion entgegen; vgl. Keller L. C. §. 70 Note 3. Einen andern Fall s. in l. 4 §§. 2. 3 D. de nox. act. (9, 4) und dazu Bekker S. 259. 260. — Diese Fälle sind aber nicht mit jenen zu verwechseln, wo der Kläger seine Klage theilt, z. B. aus einem Darlehen per 200 gegenwärtig nur 100 fordert, noch mit jenen, wo sich erst später herausstellt, daß man aus demselben Rechtsverhältniß noch eine andere Forderung zu machen hat (l. 2 C. de jud. 3, 1 l. 25 l. 46 §. 5 D. de adm. tut. 26, 7 vgl. Keller L. C. S. 530 fg., Bekker S. 308).

19) Über diese consumirende Kraft des condemnatorischen Urtheils und über die negative Funktion der exc. r. j. im heutigen Recht vgl. Buchka Einfl. II S. 33 fg., 211 fg., Bekker S. 11. 12, Wetzell §. 47 Note 15.

20) Die Consumtion der Klage durch das condemnatorische Urtheil wird irrigerweise für das heutige Recht von manchen Schriftstellern gänzlich in Abrede gestellt, so insbesondere von Savigny VI S. 305 fg., der denn auch mit Unrecht lehrt, daß der Kläger, der nach der rechtskräftigen Verurtheilung seine Befriedigung noch nicht erlangt hat, nicht bloß mit der actio judicati, sondern auch mit der

das Urtheil gewährt [20a], die Judicatsklage (actio judicati), hinreichend ersetzt.

Der Judicatsanspruch ist auf Erfüllung der Judicatsobligatio (des Urtheils) gerichtet: das Mittel zur selbständigen angriffsweisen Realisirung dieses Anspruchs ist die Judicatsklage (actio judicati). Dieses Angriffsmittel zeichnet sich in formeller (prozessualischer) Beziehung dadurch aus, daß der Anspruch auf Erfüllung (Realisirung) der Judicatsobligatio (des Urtheils) nicht in Gestalt einer förmlichen Klage, sondern durch ein einfaches Gesuch um Vollstreckung des Urtheils (s. g. imploratio officii judicis, einfacher Exekutionsvertrag, Exekutionsgesuch, Hilfsgesuch [21]) beim Exekutionsrichter angebracht wird, welcher auch Einwendungen, die bloß die Art der Exekution betreffen, erlediget. Es findet also nicht ein neuer förmlicher Judicatsprozeß statt [22], sondern es wird dem Sieger nach

---

früheren bereits abgeurtheilten Klage auftreten könne, so daß der Kläger die Wahl zwischen beiden Klagen hätte (ebenso Risch Vergleich S. 174 fg.); vgl. dagegen auch Wächter Erörter. III S. 49, Buchka Einfl. II S. 33. 212 und besonders Wetzell §. 47 Note 15.

20a) Das condemnatorische Urtheil fügt also zu dem alten Anspruch einen neuen hinzu und gewährt dem Sieger statt der alten Klage eine neue Klage (actio judicati): der wiederangestellten alten Klage steht vor dem rechtskräftigen Urtheil die Einrede der Litispendenz (§. 127 Note 27), nachher die exc. rei judicatae in negativer Funktion (als Organ der Klagenconsumtion) entgegen. Daraus daß die ursprüngliche Klage durch das Urtheil (resp. nach classischem röm. Recht durch die L. C.) consumirt wird und an ihre Stelle die neue Klage (actio judicati) tritt, in Verbindung mit dem Umstand, daß obligatio civilis = actio ist, erklärt sich die bekannte Stelle Gaj. III §. 180 und der Schein einer Novation der ursprünglichen (eingeklagten) Obligatio durch das condemnatorische Urtheil (resp. die Lit. Contestation).

21) Dieser einfache Exekutionsantrag (s. g. imploratio officii judicis) enthält materiell eine wirkliche und wahre actio judicati, da er auf Realisirung der Judicatsobligatio gerichtet ist (§. 441 prov. C. P. O.; vgl. Buchka Einfl. II S. 214 fg., Savigny VI §. 295 Note e, Wetzell S. 443 fg., Osterloh I §. 101 II §. 230, Bayer Vortr. §. 338). Er unterscheidet sich formell nur dadurch von sonstigen Klagen, daß er nicht auf Verurtheilung des Beklagten zur Erfüllung der Judicatsobligatio (judicatum solvi oportere) geht, sondern unmittelbar die Herbeiführung der Exekution bezweckt. Jene materielle Beziehung zeigt sich auch darin, daß im Exekutionsgesuch angeführt wird, der Beklagte resp. Verurtheilte sei bisher dem richterlichen Auftrag noch nicht nachgekommen, habe den Zahlungsbefehl noch nicht erfüllt u. s. f., und daß seinerseits der Verurtheilte behaupten kann, daß die Judicatsobligatio bereits erfüllt sei, um die Exekutionsführung abzuwenden (Note 22).

22) Wenn der Verurtheilte gegen die Zulässigkeit der Exekution Einwendungen vorbringt, welche erst nach dem Urtheil und somit der obligatio ex causa judicati

Ablauf der Urtheilsfrist[23] auf sein Ansuchen sofort die Hilfsvollstreckung gewährt. Insofern erscheint der Judicatsanspruch als ein Anspruch (Recht) auf Exekution, das heißt auf Anwendung der dem Gericht zu Gebote stehenden Zwangsmittel behufs Realisirung der rechtskräftigen Verurtheilung. Da nun der Judicatsanspruch auf dasselbe geht, worauf der ursprüngliche zum Prozeß gebrachte Anspruch, soweit ihn der Richter für begründet erkannt hat, geht, so realisirt der Sieger durch die Exekutionsführung zugleich das Urtheil und seinen ursprünglichen Anspruch: er hat also in der Judicatsklage ein neues formell wirksameres Rechtsmittel zur Realisirung des eingeklagten und im Urtheil anerkannten Anspruchs[24]. Hiemit

---

gegenüber entstanden sind (wie dem Urtheil nachgefolgte Zahlung, Vergleich, Nachlaß u. s. f. l. 4 §§. 3. 4. 7. 8 l. 7 D. h. t. 42, 1) und dieselben sofort (in continenti) liquide stellt, so ist über das Gesuch des Verurtheilten die Exekution zu sistiren und nach geschlossener Verhandlung (mittelst Bescheides) zu erkennen, ob es von der Exekution abzukommen habe oder nicht. Lassen sich die Einwendungen nicht sofort liquide stellen, so wird die Exekution nicht gehemmt, sondern es ist über die Klage des Verurtheilten (s. g. Oppositionsklage) ein besonderer Prozeß abzuführen, der zur Aufhebung der Exekutionsschritte führen kann; Hofdekret 22. Juni 1836 Wessely I Nr. 1338 §§. 442—445 prov. C. P. O.; ist die Exekution vollzogen worden, so kann der Verurtheilte das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern, indem er dieselbe mit der dem Urtheil nachgefolgten Zahlung u. s. f. begründet (vgl. Wächter Hdb. §. 73 Note 33). Über das gemeine Recht in dieser Beziehung vgl. Osterloh II §. 236 lit. c, Bayer Vortr. S. 1126. (Eigenthümliche Vorschriften über die Judicatsklage enthält das preuß. Recht; vgl. Koch I §. 201, Förster §. 53.)

23) Nach österr. Recht ist immer schon im Urtheil selbst eine Frist (und zwar in der Regel von 14 Tagen) zur Befolgung desselben festzusetzen; §§. 299. 300 A. G. O. §. 300 prov. C. P. O. Die österr. Prozeßgesetze haben sich hierin mit Recht an die Vorschrift des J. R. A. v. 1654 §§. 159. 160 angeschlossen, wonach dem Verurtheilten schon im Urtheil selbst die Paritionsfrist zu bestimmen ist („— soll jedesmal, also gleich in ipsa sententia definitiva — in allen Sachen, da die Exekution zu thun übrig und vonnöthen, dem verlustigten Theil anstatt der Executorialium ein geraumer Termin zur Parition und ad docendum de paritione — sub comminatione realis Executionis angesetzt werden"), eine Vorschrift, welche der gemeine Prozeß nicht befolgt, daher der Sieger erst um Erlassung des s. g. Hülfspräcepts (Hülfsauflage, Exekutorialien, mandatum executionis) ansuchen muß, und hierauf erst nach nutzlos verstrichener Paritionsfrist um die eigentliche Hülfsvollstreckung bitten kann; vgl. Osterloh II §. 234. (Ja selbst dann bedarf es nach österr. Recht keines Antrags auf Bestimmung einer Paritionsfrist unter Androhung der Exekution, wenn aus Versehen im Urtheil die 14tägige Frist nicht ausgedrückt wurde; Hofdekret 11. Febr. 1785 lit. b Wessely I Nr. 1204.)

24) Der Judicatsanspruch entspringt natürlich nur aus einer wahren Verurtheilung (§. 131 Note 12): die Anerkennungsklagen finden schon in der Bejahung des Rechtsverhältnisses (der Klagbitte) ihren vollständigen Abschluß und es muß daher

hat der klagbare Anspruch seine letzte Metamorphose erfahren und seine höchste Entwickelungsstufe erreicht[25]. Er hat jetzt die auctoritas rei judicatae für sich und kann mit diesem Ansehen geltend gemacht werden: die res in judicium deducta ist nunmehr res in condemnationem deducta: der Rechtsanspruch, der durch den Kampf zum Sieg gelangt ist, hat aufgehört ein streitiger zu sein, er hat sich in einen liquiden und exekutionsfähigen verwandelt: der klagbare Anspruch ist exequirbar geworden. Insofern nun die Judicatsobligatio im Weg des Exekutionsverfahrens realisirt wird und der Judicatsanspruch sich als ein Anspruch auf Hilfsvollstreckung darstellt, sind diese Verhältnisse wesentlich prozessualischer Natur: die Darstellung der Lehre, gegen wen und worauf Exekution geführt werden kann, ist dem Prozeßrecht zu überlassen.

Anmerkung. Die Frage, ob das Urtheil eine Novation des ursprünglichen (eingeklagten) Rechtsverhältnisses bewirke (s. g. novatio necessaria), hat die österreichischen Schriftsteller lebhaft beschäftigt und ist von ihnen, öfters mit sonderbaren Argumenten und willkürlichen Unterscheidungen, vielfach besprochen worden. (Bejaht wird dieselbe von Minasiewicz in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I S. 220 fg. 1838 II S. 122 f., Winiwarter ebd. 1842 I S. 308 fg., Turnes ebd. 1848 II S. 45, Stubenrauch Comment. III S. 611. 736. 737, Ellinger Hdb. ad §§. 1377. 1478; verneint von Weißel in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1837 II S. 12 fg., Zlobitzky ebd. 1841 I S. 144 fg, W. Wessely ebd. 1841 II S. 317 fg., Beck ebd. 1842 I S. 57 fg. II S. 215 fg., Buzzi ebd. 1844 II S. 209 fg.,

---

von neuem auf Condemnation geklagt werden, damit der anerkannte Anspruch exekutionsfähig werde, m. a. W. Präjudicialerkenntnisse sind nicht exekutionsfähig, weil sie eben keine condemnatio enthalten (Gaj. IV §. 44 vgl. oben §. 115 Note 20). Sind z. B. Advokatengebühren liquidirt worden, so sind diese Ansprüche nicht unmittelbar exekutionsfähig, sondern es muß erst auf Zahlung geklagt werden, Hofdekret 4. Okt. 1833 Wessely I Nr. 1504 („— Über das Begehren des Advokaten, den Clienten zur Bezahlung der obbemeldetermaßen liquidirten — Gebühren zu verhalten, hat der competente Richter des Clienten nach vorläufigem, contradictorischem Verfahren durch Urtheil zu entscheiden“). Ebenso in den Fällen des §. 132 Note 124. Dagegen sollte es nicht bezweifelt werden, daß ein im Concursverfahren geschöpftes Urtheil in jeder Beziehung exekutionsfähig ist, da der Kläger im Concurs nicht bloß Liquidhaltung, sondern Bezahlung seiner Forderung verlangt, seine Klage also nicht eine bloße Anerkennungsklage, sondern eine Klage auf Condemnatio ist, und die Unterscheidung eines Liquidirungs- und Classifikationsurtheils nur durch die Rücksicht auf die Vertheilung der Concursmasse bedingt ist; vgl. Hofdekret 23. Aug. 1793 Wessely I Nr. 1649 §§. 176. 177 ungar. C. O. (vgl. auch Entsch. des oberst. Gerichtshofs v. 24. Febr. 1857 mitgeth. in der G. Z. 1857 Nr. 56).

25) Vgl. Brinz I S. 556 fg. und oben §. 127 Note 86[a].

Kitka in der österr. Ger. Zeit. 1857 Nr. 87. 88. 1858 Nr. 18.) Man hat jedoch diese Frage bisher irrigerweise stets mit der Frage identificirt, ob das Urtheil eine neue Grundlage (Causa), einen neuen rechtlichen Titel des klägerischen Anspruchs bilde oder nicht. Die Bejahung dieser Frage wurde gleichbedeutend mit der Behauptung der novatio necessaria: die Verneinung der novirenden Kraft des Urtheils erschien identisch mit der Negation einer selbständigen causa judicati. So hatten beide Theile Recht und Unrecht; denn es ist ebenso wahr, daß das Urtheil ein neues Rechtsverhältniß (die Judicatsobligatio) erzeugt, als es andererseits wahr ist, daß das im Urtheil festgestellte Rechtsverhältniß durch diese richterliche Feststellung nicht aufhören kann zu existiren: es entsteht durch das Urtheil ein neuer Anspruch (der Judicatsanspruch), aber er tritt nicht an die Stelle des ursprünglichen im Urtheil anerkannten Anspruchs, sondern zu ihm hinzu. Die Forderung ex mutuo hört dadurch nicht auf eine Darleihensforderung zu sein, daß der Richter sie anerkennt und dem Schuldner die Bezahlung derselben aufträgt; der Gläubiger hat aber jetzt zugleich einen Anspruch ex causa judicati auf Bezahlung derselben Darlehensschuld: er fordert nunmehr aus dem Urtheil die Rückzahlung des Darleihens (oder bei der Eigenthumsklage die Restitution der Sache §. 2 I de off. jud. 4. 17). In den praktischen Consequenzen hatte bald die eine Partei, bald die andere Recht, da einerseits der neue Anspruch zwar formell selbständig ist, andererseits aber in materieller Beziehung doch wieder nach der Natur des eingeklagten Rechtsverhältnisses zu beurtheilen ist: der siegende Darleihensgläubiger fordert zwar seine Befriedigung aus dem Urtheil (ex causa judicati), aber was er fordert und erhält, indem er die Vollziehung des Urtheils verlangt und bewirkt, ist doch immer die Rückzahlung des Darleihens. Was speziell die Verjährung nach eingetretener Rechtskraft des condemnatorischen Urtheils betrifft, so ist die Wahrheit auf Seite derjenigen, welche eine Novation durch das Urtheil behaupten, so unrichtig auch diese Behauptung an sich ist. Der Kläger fordert seine Befriedigung aus dem Urtheil; zur Realisirung dieser Forderung hat er ein eigenes Rechtsmittel, die actio judicati; die Frage, in welcher Zeit diese actio verjähre, ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Klagenverjährung (§. 1479 a. b. G. B. l. 3 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 39), unabhängig von der Verjährungsfrist der ursprünglichen Klage, zu beantworten. Man kann dieß auch so ausdrücken: das Recht auf Exekution verjährt selbständig in 30 (oder 40) Jahren, ohne Rücksicht auf die Verjährungsdauer des ursprünglichen Klagrechts: der Anspruch ist 30 Jahre exequirbar, sollte er auch nur kürzere Zeit klagbar gewesen sein (vgl. Fenzler im Jurist. Bd. IX S. 236 fg.). Die öfters aufgestellte Behauptung, daß durch das dem Kläger günstige Urtheil die Verjährung unterbrochen werde und daher die frühere Verjährung (der alten Klage) von neuem beginne und in der ursprünglichen kürzeren Frist vollendet werde (arg. a contr. §. 1497 a. b. G. B. a. E.), ist durchaus verkehrt. Ganz abgesehen davon, daß der Schlußsatz des §. 1497 a. b. G. B. sich wohl gar nicht auf die Exstinctivverjährung, sondern lediglich auf die Ersitzung bezieht (oben §. 122 Note 40. 40a), wird ja durch das Urtheil die ursprüngliche Klage consumirt; der Sieger hat nicht mehr die alte Klage (z. B. die actio ex mutuo, die rei vindicatio), sondern die neue Urtheilsklage (die actio judicati): der Wiederbeginn der ursprünglichen Verjährung ist daher

wegen Mangels des Objekts geradezu unmöglich. Was nach der Rechtskraft des condemnatorischen Urtheils noch verjähren kann, ist nur die neue Klage, die actio judicati, für deren Verjährung stets dieselbe Frist gelten muß, da sie trotz der Verschiedenheit des materiellen Rechtsanspruchs, welcher durch ihre Geltendmachung realisirt werden soll, immer dieselbe ist: das Recht auf Exekution ist bei aller Verschiedenheit des Rechts, welches auf diesem Weg verwirklicht werden soll, stets dasselbe, und für die Verjährung dieses Rechts muß beim Mangel anderer Bestimmungen die Vorschrift des §. 1497 a. b. G. B. zur Anwendung kommen. Es verjährt daher insbesondere auch das Recht auf exekutive Hereinbringung im Urtheil zugesprochener Zinsen erst in 30 Jahren, obgleich das Klagrecht auf die einzelnen Zinsraten in 3 Jahren vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit verjährt (§. 1480 a. b. G. B.).

In diesem Sinne ist die vielbesprochene Frage der Verjährung eines rechtskräftig zuerkannten Anspruchs in neuester Zeit gelöst worden durch die Just. Min. Verordn. vom 21. Juli 1858 (R. G. Bl. Nr. 105): „Forderungen, welche nach den Vorschriften des a. b. G. B. in kürzeren als in der für die ordentliche Verjährung in den §§. 1478. 1485 und 1486 festgesetzten Fristen verjähren, unterliegen, wenn sie durch rechtskräftiges Urtheil oder durch einen die Exekution begründenden Vergleich oder Vertrag anerkannt worden sind, nur der in den gedachten Paragraphen festgesetzten Verjährung. Wenn jedoch in einem Urtheil nicht bloß auf die Zahlung bereits verfallener, sondern auch auf jene der künftig verfallenden jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen erkannt wurde, so unterliegen die nach der erreichten Rechtskraft des Urtheils verfallenen Giebigkeiten dieser Art neuerdings der im §. 1480 a. b. G. B. festgesetzten dreijährigen Verjährung." Für die richtige Anwendung dieser eben nicht sehr glücklich textirten, zu mannigfachen Mißverständnissen Veranlassung gebenden Verordnung (in welcher Peitler Samml. von Entscheidungen 1858 S. 744 in Erneuerung des alten Irrthums mit Unrecht eine Anerkennung der novirenden Kraft des Urtheils finden will), mag Folgendes bemerkt werden. Die ratio juris jener Bestimmung liegt in der Anerkennung einer neuen Judicatsobligatio, also eines eigenen Rechts auf Erfüllung des Judicats (actio judicati), auf Vollziehung (Vollstreckung) des Urtheils, welches selbständiger Verjährung unterworfen ist, wie solches schon im Hfdkrt 25. Okt. 1811 Wessely I Nr. 762 (verb. so lange sein aus dem Urtheil erlangtes Recht durch die Verjährung nicht erloschen ist) ausgesprochen wurde. Das leitende Prinzip ist sonach folgendes: ein Anspruch, der exekutionsfähig geworden ist, verjährt ohne Rücksicht auf seine frühere Verjährungsdauer in 30 Jahren. Ist ein bereits fällig gewordener Anspruch Gegenstand der Klage und des condemnatorischen Urtheils (z. B. ein Anspruch ex delicto auf Schadenersatz §. 1489 a. b. G. B., oder auf rückständige Zinsen), so hat die Anwendung jener Bestimmung kein Bedenken. Wird aber nicht bloß auf bereits verfallene Prästationen, sondern zugleich auf „künftig verfallende jährliche Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen" geklagt und vom Richter gesprochen, so sind zwei Fälle wohl zu unterscheiden. Der Richter kann den Beklagten zur Zahlung der bereits verfallenen Raten condemniren und zugleich dessen Verpflichtung zur Entrichtung der künftig verfallenden Leistungen aussprechen; der Richter kann aber auch unter

Umständen in demselben Urtheil dem Beklagten die Zahlung der künftigen Raten nach ihrer Fälligwerdung unter Androhung der Exekution anbefehlen. Im ersten Fall enthält das Urtheil in Ansehung der verfallenen (rückständigen) Leistungen eine Condemnation, in Ansehung der künftig verfallenden Prästationen nur einen Präjudicial-Ausspruch über die Verpflichtung des Beklagten überhaupt, indem das Rechtverhältniß, welches die Grundlage der einzelnen Ansprüche und Schuldigkeiten ist, im Ganzen und Allgemeinen festgestellt wird (§. 115 Note 10). In diesem Fall muß der Sieger jeden fälligen Anspruch von neuem einklagen (§. 133 Note 24), wobei er sich jedoch auf jenes das Recht auf die wiederkehrenden Leistungen im Allgemeinen feststellende Präjudicialerkenntniß stützen kann (§. 132 Text zu Note 124. 125), weil eben durch das frühere Urtheil der Beklagte nur zur Zahlung der bereits verfallenen Raten unter Androhung der Exekution verurtheilt worden ist. Nur von diesem Fall ist die angef. Verordn. zu verstehen: der Anspruch auf die künftig verfallenden Leistungen ist noch nicht exequirbar, sondern nach ihrer Fälligwerdung bloß klagbar und daher der dreijährigen Verjährung des Klagrechts auf einzelne periodische Leistungen (§. 1480 a. b. G. B.) unterworfen. Anders in dem (zweiten) Fall, wenn das Urtheil auch in Ansehung der künftigen Raten eine Condemnatio (Verurtheilung im technischen Sinn §. 131 Note 123) enthält; so z. B. wenn das Urtheil lautet auf Bezahlung des Darlehnscapitals binnen 14 Tagen und der (Vertrags- oder Verzugs-) Zinsen von einem gewissen Tag an bis zur Rückzahlung des Capitals bei sonstiger Exekution (§. 133 Note 7), oder auf Bezahlung der verfallenen Alimentationsbeträge binnen 14 Tagen, der künftig verfallenden aber immer einen Monat vorhinein bei sonstiger Exekution (§. 132 Note 125). In solchen Fällen ist der Anspruch auf jede künftig verfallende Rate sofort exekutionsfähig und verjährt daher von der Zeit ihrer Fälligwerdung an, nicht in drei, sondern erst in dreißig Jahren, weil der Sieger in diesem Moment (§. 133 Note 14) bereits die actio judicati hat, also nicht erst auf Condemnatio des Schuldners klagen muß. (Nur muß auch hier wieder unter Umständen die l. 26 pr. C. de usur. 4,32, vgl. §. 122 Note 7, zur Anwendung kommen.) Auf Fälle dieser Art kann die Schlußbestimmung jener J. M. Verordn. nicht angewendet werden, weil eben die ratio juris des Eintritts der ursprünglichen oder der neuen dreißigjährigen Verjährung in dem Mangel resp. in dem Dasein der actio judicati (des Rechts auf Exekution) besteht. Daß aber jene J. M. V. diese beiden wesentlich verschiedenen Fälle nicht gehörig unterscheidet (ein Mangel, der sich ebenso bei Nippel Erl. IX S. 157, Stubenrauch III S. 736, Ellinger ad §. 1478 findet), ja daß sie in demselben Satz den Ausdruck „Erkennen auf Zahlung" in doppeltem Sinn nimmt (exequirbare Condemnation zur Zahlung der verfallenen Raten — Anerkennung der Verpflichtung zur Zahlung der künftig verfallenden Raten), das ist es eben, was zu beanstanden ist. Aber auch noch in einer anderen Beziehung gibt jene Verordnung zu Mißverständniß Anlaß, indem sie darauf Gewicht zu legen scheint, daß „die Forderung — durch einen die Exekution begründenden Vergleich oder Vertrag anerkannt" worden sei. Gerade darauf aber kommt gar nichts an: ist die Forderung durch Vergleich oder Vertrag anerkannt worden, diese mögen die Exekution begründen oder nicht, so

entsteht ein neuer Anspruch, der zwar (ganz oder zum Theil) auf dasselbe geht, worauf die anerkannte Forderung gerichtet ist, in formeller Beziehung jedoch völlig unabhängig ist und daher auch selbständig in 30 resp. 40 Jahren verjährt, wenngleich der anerkannte Anspruch in kürzerer Frist verjährt. Die Anerkennung wirkt in solchen Fällen als selbständiger Verpflichtungsgrund; sie ist daher von jener Anerkennung, welche die laufende Verjährung nur unterbricht, ohne ein neues obligatorisches Rechtsverhältniß zu erzeugen (oben §. 121 Note 19a), wohl zu unterscheiden, da sie in derselben Weise wie das condemnatorische Urtheil eine neue Obligatio (eine neue actio) hervorbringt. Das Bedenkliche jener Verordnung besteht sonach darin, daß sie als das entscheidende Moment das Recht auf Execution, also den Gegenstand des neuen Anspruchs anzusehen scheint, während doch der wahre Grund vielmehr die Entstehung einer neuen Obligatio und Actio ist, dieser neue Anspruch mag nun die actio judicati oder ein anderer sein.

Anhang.

§. 134. **Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (in integrum restitutio)[1] im technischen Sinn ist die außerordentliche Rechtshülfe, welche durch die richterliche Gewalt zum Zweck der Aufhebung eines nach den Grundsätzen des strengen Rechts entstandenen, den Anforderungen der höheren Gerechtigkeit (aequitas) jedoch widersprechenden nachtheiligen Rechtszustandes gewährt wird, und in der unmittelbaren Wiederherstellung des früheren Zustandes besteht. Das Eigenthümliche dieses außerordentlichen Rechtsmittels (extraordinarium auxilium l. 16 pr. D. de minor. 4, 4) liegt weder in seiner Wirkung der Wiederherstellung eines früheren Zustandes, noch darin, daß gegen einen Nachtheil (Läsion), der durch das Recht selbst entstanden ist, aus Gründen der Billigkeit Hülfe gewährt wird: denn beides, Zweck und Grund, hat es mit manchen ordentlichen Rechtsmitteln gemein. Das Charakteristische der technischen Restitution besteht vielmehr darin[2], daß die Anwendung jener außerordentlichen Hülfe im concreten Fall in das, wenngleich durch manche spezielle Vorschriften mehr oder weniger begrenzte, Ermessen des Richters gestellt ist[2a], und daß die Ausgleichung des Widerstreits zwischen Recht

---

1) Burchardi Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1831, Schröter „Über Wesen und Umfang der in integrum restitutio" in der Gieß. Zeitschr. Bd VI (1833) Nr. III S. 91 – 175, Schneider Die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechts 1834 S. 215 – 307, Savigny System VII §§. 315—343, Puchta Curs. der Instit. II §§. 177. 299 Pandekt. und Vorles. I §§. 100—107, Wächter Handb. II §§. 123—127, Vangerow I §§. 175—188, Arndts Pandekt. §§. 117—125, Brinz Pandekt. I §§. 36—39.

2) Über diesen Begriff der technischen Restitution vgl. Puchta Pandekt. und Vorles. §. 100 Instit. §. 177, Savigny §§. 315. 316, Vangerow §. 175, Wächter Handb. II §§. 123. 124.

2a) l. 3 D. de in integr. restit. (4, 1) Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.

und Billigkeit durch den Richter selbst vermittelt wird, der zu diesem Zweck unmittelbar in bestehende Rechtsverhältnisse eingreift, indem er den nachtheiligen Rechtszustand rescindirt und den vorigen Zustand restituirt (l. 24 §. 5 D. de minor. 4, 4[3]). In andern Fällen, wo gegen die nachtheilige Wirkung des strengen Rechts ein ordentliches Rechtsmittel gegeben wird (commune auxilium l. 16 pr. cit.), entspringt dasselbe aus dem Recht selbst, wenngleich aus dem jus aequum im Gegensatz zum jus strictum (Bd I §. 11 Nr. II): die Bedingungen desselben sind durch das Recht genau festgesetzt, so daß die Zulässigkeit desselben in concreto nicht auf das Ermessen des Richters gestellt ist, der auch nicht durch seine Gewalt den früheren Zustand wiederherstellt, sondern den Beklagten in Anwendung jener Rechtsvorschrift zu der Thätigkeit verurtheilt, welche den Verletzten in seine vorige Lage zurückbringen (restituiren) soll[4]. Diese mittelbare Wiederherstellung früherer Rechtszustände im Weg einer eigenen Klage oder Einrede, welche wohl auch Restitution (in integrum restitutio) genannt wird[5], weil auch hier die Sache in die alte Lage zurückgebracht wird, ist von der unmittelbaren Wiedereinsetzung, der technischen Restitution, wohl zu unterscheiden[6]: jene findet auch nach heutigem österreichischen Recht in gar manchen Fällen statt (z. B. §§. 877. 932. 934. 953. 1431 fg. a. b. G. B.), diese ist dem-

---

3) Vgl. hiezu Brinz I §. 39.

4) Die technische Restitution ist redintegratio amissae causae (Wiederherstellung der alten Klage), während in den Fällen der vulgären Restitution nur eine actio rei restituendae gratia, also eine neue Klage auf Wiederherstellung des alten Zustandes gegeben ist; vgl. Schröter S. 134.

5) Unter Restitution im vulgären (weiteren) Sinn versteht man, indem man bloß auf den Erfolg sieht, jede materielle Wiederherstellung früherer Verhältnisse, mag sie auch nicht auf jenem außerordentlichen Weg, sondern auf irgend eine andere Weise herbeigeführt werden (vgl. Arndts §. 117 Anm. 2) z. B. durch bloße Übereinkunft (l. 58 D. de pact. 2, 14 §. 920 a. b. G. B.), oder durch gewöhnliche Rechtsmittel (z. B. l. 23 §. 7 D. de aed. ed. 21, 1, l. 10 C. d. resc. vend. 4, 44 vgl. Note 6), oder selbst ipso jure eintreten (l. 10 C. de postl. 8, 51).

6) Es sind daher die actio quod metus causa, die actio doli, die actio in factum judicii mutandi causa und die actio in factum (Pauliana) wegen Veräußerung in fraudem creditorum, trotz des gebrauchten Ausdrucks Restitution (l. 3 §. 4 D. de al. jud. mut. 4, 7 l. 10 §. 22 D. quae in fraud. cred. 42, 8) von der eigentlichen in integr. rest. streng zu scheiden, was man in früherer Zeit nicht gehörig gethan hat; vgl. über die Nothwendigkeit dieser Scheidung Schröter S. 91. 93. 116 fg. 131 fg. 151 fg. 157 fg., Savigny S. 98 fg., Vangerow I S. 337, Puchta Vorles. I S. 229; vgl. auch oben §. 91 Note 83.

selben fremd. Das Gesetzbuch vom Jahr 1811[7] hat nemlich in dem §. 1450 (dessen Fassung freilich nicht sehr gelungen ist[8]) die technische Restitution durchaus abgeschafft: auf dem Gebiet des materiellen Rechts[9] gibt es keine unmittelbare Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mehr. Diese Beseitigung der Restitution ist im Allgemeinen nur zu billigen, da „bei unbefangener Betrachtung eingeräumt werden muß, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger als die meisten anderen, einen inneren Grund des Fortbestandes und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt“[10], wie sich dieß aus der Betrachtung der einzelnen Restitutionsgründe ergibt, in Ansehung deren, so weit sie nicht überhaupt antiquirt

---

7) Das joseph. Gesetzb. Hptstck I §. 3 behielt dem Landesfürsten vor, „bei besonderen Umständen jemanden, der durch Nichtkenntniß oder Rechtsirrthum an seinem Rechte oder Vermögen Nachtheil litte, eine außerordentliche Rechtshilfe angedeihen zu lassen“. Das westgal. Gesetzb. Thl. III §§. 632—638 gewährte noch „in einigen besonderen Fällen (Minderjährigkeit, Abwesenheit §. 633) denjenigen, die in ihren Rechten verkürzt worden sind, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ (§. 632) unter der doppelten Bedingung, daß „die angebliche Verkürzung von Wichtigkeit ist“ und daß die Restitution „binnen zwei Jahren nach erfolgter Großjährigkeit oder Zurückkunft gefordert wird“ (§. 634). Das preuß. Landrecht (I 9 §. 531 fg. §. 594) gewährt nur in gewissen Fällen der Verjährung die Restitution; vgl. Koch Preuß. Privatr. II §. 588. Auch der sächs. Entw. hat die Restitution aufgegeben; vgl. Unger Der sächs. Entw. S. 24. 25.

8) §. 1450 a. b. G. B.: „Die bürgerlichen Gesetze, nach welchen widerrechtliche Handlungen und Geschäfte, wenn die Verjährung nicht im Wege steht, unmittelbar bestritten werden können, gestatten keine Einsetzung in den vorigen Stand.—“ Der hervorgehobene Zwischensatz soll wohl die Motivirung der Abschaffung der i. i. rest. enthalten (vgl. Zeiller IV S. 186): aber diese Motivirung ist theils verfehlt, theils unzureichend. Die Restitution setzt nemlich gerade eine Verletzung voraus, welche „so sehr keine Rechtsverletzung ist, daß sie vielmehr vom Rechte, wir wollen nicht sagen verschuldet, aber bewirkt sein muß“ (Brinz I S. 111 vgl. Savigny S. 120. 121). Bezieht man aber die „widerrechtlichen Handlungen und Geschäfte“ auf die Fälle von Zwang und Betrug (vgl. Note 20), so fallen die wichtigsten Gründe der gemeinrechtlichen Restitution (Minderjährigkeit, Abwesenheit, Irrthum) aus, und bleiben gerade nur jene Gründe übrig, in Ansehung deren die technische Restitution auch gemeinrechtlich schon zum größten Theil überflüssig geworden ist.

9) §. 1450 a. b. G. B.: „— Die zum gerichtlichen Verfahren gehörigen Falle der Einsetzung in den vorigen Stand sind in der Gerichtsordnung bestimmt“ (§. 372 fg. A. G. O. §. 353 fg. prov. C. P. O.).

10) Savigny S. 113. 114; vgl. auch Burchardi S. 546 und Puchta Vorles. I S. 228.

sind [10a], nunmehr untersucht werden soll, ob und welche ordentliche Hülfe das österreichische Recht gewährt [11].

I. Der wichtigste gemeinrechtliche Restitutionsgrund ist die Minderjährigkeit [12]. Das österreichische Recht, welches dem Minderjährigen diesen Schutz wohl mit Recht versagt [12a], sucht ihn vor den Nachtheilen selbst, denen durch Restitution abgeholfen werden soll, so viel als möglich zu bewahren [13], theils durch die ausgedehntere Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit (§§. 865. 805. 1250 a. b. G. B. vgl. oben §. 76 Nr. II 2), theils durch die Einrichtung des Vormundschaftswesens (Bestellung und Überwachung des Vormunds durch die obervormundschaftliche Behörde §. 190 fg. §. 204 fg. §. 207 fg. §. 254 a. b. G. B., Mitwirkung derselben bei wichtigeren Handlungen §. 233 fg. a. b. G. B., Beschränkung des Vormunds in der unmittelbaren Vermögensverwaltung §. 229 fg. a. b. G. B., Verpflichtung desselben zur jährlichen Rechnungslegung §. 238 fg. a. b. G. B.) [13a], theils, was speziell die Verjäh-

---

10a) Vgl. hierüber Savigny §. 333.

11) Vgl. Zeiller IV S. 185 fg., Pratobevera „Versuch einer Erläuterung des §. 1450 a. b. G. B. über Restitutionen im Allgemeinen und die prozessualischen insbesondere" in den Mater. Bd VI Nr. III S. 147—220, Nippel Erläuter. Bd VIII 2 S. 246 fg. (welcher der gediegenen Abhandlung Pratobevera's „bis auf wenige Abweichungen" folgt, gleich diesem aber sowohl die Note 5 und 6 urgirte Unterscheidung nicht gehörig macht, als überhaupt in manchen unrichtigen Ansichten über das röm. Recht befangen ist, wie sie eben in früherer Zeit allgemein gangbar waren).

12) Vgl. Burchardi §§. 13—16, Savigny §§. 322—324, Vangerow §. 183, Arndts §. 119.

12a) „Bei unbefangener Erwagung dieser Umstände (Fortdauer der Vormundschaft bis zur Volljährigkeit ohne Unterscheidung von Tutel und Curatel — ausgedehnterer obrigkeitlicher Einfluß auf die Vormundschaft) muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch die Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden, worin freilich noch viel zu leisten übrig bleibt" Savigny S. 149; dagegen „ein Wort zu dessen Vertheidigung" bei Brinz I S. 117. 118; vgl. Note 13a.

13) Vgl. Zeiller IV S. 187. 188, Pratobevera Mater. VI S. 136—145.

13a) „Obgleich nun nicht zu läugnen ist, daß der Minderjährige schuldlos und in der Unmöglichkeit wegen der Schwäche seines Alters sich selbst vorzusehen, Schaden leiden und sich vielleicht weder bei dem Vormund noch bei dem Gericht erhalten könne; daß es immer auch unwissende, fahrlässige oder eigennützige Vormünder und Gerichte geben werde: so gehört doch diese Gefahr zu den seltenen

rung und Ersitzung betrifft, durch Hemmung ihres Beginns oder doch ihrer Vollendung (§. 1494 a. b. G. B. vgl. oben §. 121 Nr. I 1).

II. Die Abwesenheit einer Person kann die entschuldbare Ursache einer Versäumniß und dadurch eines Rechtsverlusts werden. Das gemeine Recht gewährt in den Fällen, wo es billig scheint eine Abhülfe dagegen zu schaffen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [14]. Die österreichische Codification hat das Bedürfniß dieser Restitution zu beseitigen gesucht [14a]. Was zunächst die Abwesenheit der Person betrifft, gegen welche ein Recht mittelst Klage geltend zu machen ist, so kann um Aufstellung eines curator absentis angesucht und gegen diesen der Rechtsanspruch ausgetragen werden (§. 276 a. b. G. B.) [15]; auch wird die Klagverjährung sowie die Ersitzung schon durch die Anstellung der Klage unterbrochen (§. 1497 a. b. G. B. oben §. 121 II 2). Auch für den abwesenden Berechtigten wird, „wenn sein Recht durch Verzug gefährdet ist", zur Wahrung desselben ein Curator bestellt (§. 276 a. b. G. B.), der insbesondere auch Erbschaften und Legate, welche dem Abwesenden anfallen, für diesen erwerben kann (§. 131 Ges. v. 9. Aug. 1854) [16]; die Klagverjährung

---

Zufällen, die man zum Nachtheil dritter redlicher Erwerber nicht beachten konnte . . . Eine gute Auswahl verständiger und gewissenhafter Vormünder ist (daher) insbesondere eine um so dringendere Pflicht, als die Gesetze von unseren Vormündern weder den Vormundschaftseid, noch eine Caution fordern (§§. 205. 237 a. b. G. B.), und die Pupillen in Concursfällen kein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Vormunds haben" Pratobevera S. 139. 140.

14) Burchardi §. 12, Savigny §§. 325—329, Vangerow §. 188, Arndts §. 120.

14a) Pratobevera S. 145—149.

15) Es kann also der Berechtigte den Gegner, der „keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen hat", durch sein Gesuch um Aufstellung eines Curators zum defensus (qui habet procuratorem) machen, in welchem Fall eine Restitution schon nach gemeinem Recht nicht stattfindet, welches auch vorschreibt, daß der Berechtigte einen Vertreter des Abwesenden aufsuchen und insbesondere dessen Freunde befragen soll, ob sie nicht etwa die Vertretung übernehmen wollen; l. 21 §§. 2. 3 l. 22 pr. l. 26 D. ex quib. caus. (4, 6) vgl. Savigny S. 182 fg.

16) Nach gem. Recht findet Restitution (in Anwendung der generalis clausula) statt, wenn der Erwerb einer Erbschaft oder eines Legats in Folge der Abwesenheit verhindert worden ist; l. 17 pr. §. 1 l. 41 D. ex quib. caus. (4, 6) vgl. Savigny S. 123. 187.

und Ersitzung wird schon ipso jure durch die Abwesenheit in „Civil- oder Kriegsdiensten" gehemmt (§. 1496 a. b. G. B. oben §. 121 I 3)[17].

III. Wenn ein Rechtsgeschäft durch Zwang oder Betrug bewirkt wird[18], so ist es nach österreichischem Recht, dafern dieses Motiv überhaupt berücksichtigt wird[19], relativ nichtig (§. 870 fg. a. b. G. B. oben §§. 80. 81)[20]: es kann daher insbesondere derjenige, der gezwungen oder betrogen tradirt hat, diese Tradition (den Eigenthumsübergang) als nicht geschehen behandeln und mit der Eigenthumsklage die Sache zurückfordern (§. 80 Note 16), so daß es einer Rescis-

---

17) Als in Kriegsdiensten abwesend ist auch der kriegsgefangene Soldat anzusehen, da dieser vor der Gefangenschaft im Heer diente, also reipublicae causa absens ist (vgl. Savigny S. 171. 172): andere Personen, die in hostium potestate sunt, wie insbesondere vom Feind gefangene und abgeführte Civilpersonen, können nicht als reipublicae causa absentes angesehen werden, für sie gilt also die Ausnahmsbestimmung des §. 1496 a. b. G. B. nicht (nach gemeinem Recht findet auch in Ansehung solcher Personen Restitution statt l. 14 l. 15 pr. §. 1 D. ex quib. caus. 4, 6). Dagegen muß man wohl auch für das österr. Recht zu den im §. 1496 a. b. G. B. begünstigten Abwesenden die Ehefrau und überhaupt die Familie der Soldaten und Beamten rechnen; cf. l. 1. 2 C. de ux. mil. (2, 52) vgl. Savigny S. 172. — Für Sträflinge (qui in vinculis sunt) wird nach österr. Recht unter gewissen Voraussetzungen ein Curator bestellt, §. 279 a. b. G. B.

18) Die Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller über diese Restitutionsgründe sind in historischer und dogmatischer Beziehung sehr verschieden; vgl. Burchardi §§. 18—20, Savigny §§. 330. 332, Puchta Pandekt. §. 102 Note d Vorles. I S. 234. 235, Vangerow I §. 185, Wächter Handb. II S. 760 Note 9 S. 764. 842. 843, Arndts §. 121, Brinz I S. 124. 125.

19) Dieß ist nicht der Fall, wenn der Zwang oder Betrug von einem Dritten (ohne Collusion mit dem andern Contrahenten) verübt wurde (§. 875 a. b. G. B): hier wird dem Gezwungenen oder Betrogenen gegen den andern Contrahenten nach österr. Recht weder im Weg der Nullitätsquerel (§. 877 a. b. G. B.) noch im Weg der Restitution geholfen, mag auch jener Dritte unbekannt, flüchtig oder insolvent sein (vgl. oben §. 80 Note 15), was insbesondere im Fall des Zwangs, welcher dem Handelnden das Motiv mit Übermacht aufdrängt, gewiß unbillig ist. Ebensowenig bietet das österr. Recht für den Fall („der nur zu selten vorkommen wird, um praktisch wichtig zu sein"), daß jemand durch Zwang oder Betrug bewogen wird, eine angefallene Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, ausreichende Hülfe dar: nach gem. Recht findet Restitution statt l. 21 §§. 5. 6 D. quod met. (4, 2) vgl. Savigny S. 195. 201. 202.

20) Der Gezwungene oder Betrogene klagt mit der Nullitätsquerel auf „Aufhebung des Vertrags und Herstellung des vorigen Zustands" (§. 877 a. b. G. B. oben §. 80 Note 17 §. 81 Note 22); daraus, daß man einerseits die prätorische actio quod metus causa und actio doli früher als Fälle der eigentlichen Restitution angesehen (Note 6) und sie gewöhnlich Restitutionsklagen (restitutorische Klagen) genannt hat (vgl. dagegen Savigny S. 106. 107), und daß anderseits

sion der Veräußerung und Restitution der in rem actio, wie nach gemeinem Recht[21], gar nicht bedarf.

IV. Was den entschuldbaren Irrthum (abgesehen von einem ihn erzeugenden Betrug) als Restitutionsgrund betrifft (justus error l. 2 D. de in integr. rest. 4, 1)[22], so wird er nach gemeinem Recht hauptsächlich gegen prozessualische Nachtheile zugelassen[23], und hat insofern an diesem Ort kein Interesse.

---

diese s. g. Restitutionsklagen wegen Metus und Dolus im heutigen österr. Recht hinweggefallen sind (§. 80 Note 16), erklären sich die Worte des §. 1450 a. b. G. B., daß „widerrechtliche Handlungen und Geschäfte unmittelbar bestritten werden können"; vgl. Zeiller IV S. 186, Pratobevera VI S. 132 fg.

21) l. 9. §. 4 D. quod met. (4, 2) Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione. §. 6 eod. l. 3 C. eod. (2, 20).

22) Savigny §. 331, Vangerow §. 186.

23) Nach gem. Recht findet Restitution auch in dem Fall statt, wenn die Gläubiger des Erblassers aus entschuldbarem Irrthum über das eigene Vermögen des Erben Separation des erbschaftlichen Vermögens (§. 812 a. b. G. B.) fordern und dadurch Schaden erlitten haben (l. 1 §. 17 D. de separ. 42, 6): das österr. Recht gewährt auch in diesem Fall keine Hülfe. — Es beruht auf dem Note 5 und 6 gerügtem Irrthum, wenn Pratobevera S. 161 und Nippel S. 256 die Rechtswohlthat der Separation des §. 812 a. b. G. B. als einen Fall der Restitution („gegen die nachtheilige Vermengung einer Erbschaft") anführen.

Alphabetisches Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seite, die Exponenten die Note.

D.

E.

H.

J.

L.

M.

S.

T.

W.

Z.

Verzeichniß

der angeführten und besprochenen Paragraphe des allgem. bürgerl. Gesetzbuchs.

(Die besprochenen Paragraphe sind durch einen Stern ausgezeichnet.)